DIE MAHNUNG UND IHRE ÄQUIVALENTE IM DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER FRIEDRICH-ALEXANDER-
UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

MAX MEYER
REFERENDAR AUS MÜNSTER I. W.

APPROBIERT AM 26. JUNI 1910.

MÜNSTER IN WESTFALEN 1910.
DRUCK DER WESTFÄLISCHEN VEREINSDRUCKEREI.

DIE MAHNUNG UND IHRE ÄQUIVALENTE IM DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER FRIEDRICH-ALEXANDER-
UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

ACAD. LAUDERT BIBL.

MAX MEYER
REFERENDAR AUS MÜNSTER I. W.

APPROBIERT AM 26. JUNI 1910.

MÜNSTER IN WESTFALEN 1910.
DRUCK DER WESTFÄLISCHEN VEREINSDRUCKEREI.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meinen Eltern!

Inhalt.

Seite

I. Allgemeines.

§ 1. Begriff und Zweck der Mahnung und ihrer Äquivalente 1

II. Die Mahnung.

§ 2. Der rechtliche Charakter der Mahnung 4
§ 3. Die Personen der Mahnung 15
§ 4. Mahnung durch gewillkürte Vertretung und Vertretung ohne Vertretungsmacht 25
§ 5. Form der Mahnung 32
§ 6. Inhalt und Gegenstand der Mahnung 37
§ 7. Ort der Mahnung 53
§ 8. Zeit der Mahnung 56
§ 9. Folgen der Mahnung und deren Aufhebung 59
§ 10. Erlöschen des Mahnrechts 60

III. Die Äquivalente der Mahnung.

§ 11. Die gerichtliche Mahnung 61
§ 12. Mahnung kraft Gesetzes 65
A. „Dies interpellat pro homine“ 65
B. Sonstige Fälle gesetzlicher Mahnung 72
§ 13. Sonstige Fälle überflüssiger Mahnung 72

Literatur.

Baron, Pandekten, Leipzig 1893.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 1, Erlangen 1884.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2, Weimar 1889.
— Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 12.
— Bekkers Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 6.
Bettmann, Die Mahnung. Inaug.-Diss. Erlangen. Bonn 1896.
Breit, Die Geschäftsfähigkeit, Bd. 1. Leipzig 1903.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, Erlangen 1879.
de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Schuldnerverzug, Bd. 1, Genf 1903.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Jena 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 und 2, Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg, Pandekten, Bd. 2, Berlin 1900.
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1 und 2, Halle a. S. 1906 und 1905.
Dernburg-Engelmann, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, Halle a. S. 1909.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 2, Mannheim 1901.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1898.
Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1900 und 1903.
Enneccerus-Jaeger, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Marburg 1908.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. 1, das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1904.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, Tübingen und Berlin 1904, Tübingen 1906.
Glück, Erläuterungen zu den Pandekten, Bd. 4 und Bd. 8.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1903.
Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht, Berlin 1871.
Hellmann, Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 42.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, Leipzig 1907.

Hölder, Pandekten, Freiburg i. Br. 1891.
— Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.
— Zur Theorie der Willenserklärung in „Drei Beiträge zum Bürgerlichen Recht", Leipzig 1905.
— Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73.
Hünnebeck, Die Mahnung (nach Bürgerlichem Gesetzbuch), Inaug.-Diss., Leipzig, Borna-Leipzig 1906.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, Jena 1901.
Jsay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, Berlin 1899.
Keller, Bekkers Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 4.
Kipp, Rechtsanwendung und Reurecht in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch, Berlin 1903.
Klein, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 33.
Kniep, Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht, Bd. 1 und 2, Rostock 1871/72.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1906.
Köppen, Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 11.
Krichauff, Über die Erfordernisse einer den Verzug des Schuldners begründenden Mahnung und über die Zulässigkeit einer Vertretung bei derselben, Inaug.-Diss. Leipzig, Borna-Leipzig 1903.
Lent, Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Inaug.-Diss. Berlin, Berlin 1905.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.
Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840.
Löhning, Der Vertragsbruch, Straßburg 1876.
v. Madai, Die Lehre von der Mora, Halle a. S. 1837.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin 1907.
— Deutsche Juristenzeitung 1902.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1900.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abtl. III, Braunschweig 1855.
Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1905.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906.
Paech, Der Leistungsverzug. Eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, Lahr 1904.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1903, Bd. 2, Berlin 1900 und 1907.
Puchta, Pandekten, Bd. 2, Leipzig 1863.
— Bekkers Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 5.
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
— Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 40.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, Berlin 1900.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Rudert, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 13.
Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht, Berlin 1887/89.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.
Schloßmann, Der Vertrag, Berlin 1876.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1906.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, München 1907.
Siber, Zeitschrift der Savignystiftung, Bd. 29.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, Berlin 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 u. 2, München 1906 und 1908.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 3, Berlin 1898.
v. Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht in der Straßburger Festschrift für Laband, Tübingen 1908.
— Deutsche Juristenzeitung 1908.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.
Wendt, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 92.
Windscheid, Heidelberger Kritische Zeitschrift, Bd. 3.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 und 2, Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Die Lehre von der Mora, Göttingen 1841.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
— Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 und 2, Berlin 1889.

Zeitschriften, Entscheidungen und Gesetzesmaterialien.

Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 28, No. 3, S. 68, S. 273, S. 279 ff.; 1908, S. 981.
Juristische Wochenschrift 1884, S. 313, No. 49; 1886, S. 346, No. 4; 1895, S. 46, No. 24; 1897, S. 229, No. 5; 1902, S. 28, No. 23; 1909, S. 456, No. 10.
Das Recht 1903, S. 209, No. 1112; 1904, S. 528, No. 2208; 1905, S. 250, No. 1107; 1906, S. 179, No. 289; 1907, S. 824, No. 1790; 1908, S. 81, No. 467, S. 448, No. 2547; 1909, No. 3533, Beil. 23.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 8, S. 415; Bd. 9, S. 141; Bd. 14, S. 108; Bd. 20, S. 412; Bd. 29, S. 29; Bd. 39, S. 37; Bd. 50, S. 191, S. 255 ff.; Bd. 65, S. 47; Bd. 66, S. 425.
Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, Bd. 43, S. 195.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 7, S. 387; Bd. 9, S. 271; Bd. 16, S. 200; Bd. 18, S. 276, S. 320; Bd. 21, S. 133.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 9, S. 282; Bd. 10, S. 172; Bd. 12, S. 251.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von Schütt. München und Leipzig 1901 ff. Bd. 13, No. 12; Bd. 14, No. 275; Bd. 16, No. 99; Bd. 20, No. 213; Bd. 28, No. 19; Bd. 31, No. 125; Bd. 32, No. 309; Bd. 37, No. 151; Bd. 59, No. 219, No. 259; Bd. 60, No. 28.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1905, S. 332.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 46, S. 979.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 62, S. 142.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 8, S. 408, No. 972.
Hessische Rechtsprechung, Bd. 5, S. 27; Bd. 6, S. 22.
Zeitung der Anwaltskammer im Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg, 94, 72.
Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, 40, 118.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1908, S. 131.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 1 und 2. Berlin und Leipzig 1888.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888, Berlin 1895.

I. Allgemeines.

§ 1.

Begriff und Zweck der Mahnung und ihrer Äquivalente.

„Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.“ [1]) Mit dieser Bestimmung kennzeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch das Wesen der Obligation. Die Berechtigung, eine Leistung zu fordern, ist aber nicht identisch mit der Berechtigung, die Leistung von Rechtswegen geltend zu machen. Zu diesem Zwecke muß die Forderung fällig geworden sein. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs [2]) gibt eine Begriffsbestimmung der Fälligkeit dahin: „Fälligkeit ist derjenige Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann.“ Diese Definition hat zwar im Gesetz keine Aufnahme gefunden; trotzdem hat das Bürgerliche Gesetzbuch sie, wenn auch stillschweigend, zu der seinigen gemacht.[3]) Diesem Forderndürfen des Gläubigers steht das Leistenmüssen des Schuldners gegenüber. Aber keine gesetzliche Bestimmung geht dahin, daß der Schuldner von selbst, ohne Aufforderung seitens des Gläubigers, die fällig gewordene Leistung bewirken muß, ohne Rechtsnachteile zu erleiden.[4]) Gäbe es eine derartige Vorschrift, so entspräche sie nicht dem Wesen der Obligation. Der Schuldner braucht und kann ja gar nicht wissen, ob dem Gläubiger die Bewirkung der fälligen Leistung genehm ist. Das deutsche Recht drohte dem Schuldner Rechtsnachteile an, der bei Fälligkeit der Forderung nicht von selbst leistete.[5]) Wäre diese Bestimmung

---

[1]) § 241, Satz 1.
[2]) § 158.
[3]) Vgl. § 271.
[4]) Ausnahmen bilden die §§ 284 Abs. 2 (vgl. unten S. 65 ff.) u. § 361.
[5]) Löning, a. a. O. S. 165.

in unser Recht übergegangen, so wäre sie auch aus dem Grunde unbillig, weil, wenn keine Zeit der Leistung bestimmt ist, im Bürgerlichen Recht, wie bereits im römischen Recht, der Schuldner nach der Rechtsregel quod sine die debetur statim debetur sogleich nach der Entstehung einer solchen Obligation eine ungünstige Rechtsposition hätte, zu einer Zeit, in welcher der Gläubiger vielleicht noch gar nicht an die Erfüllung denkt, eine solche unter Umständen sogar gegen seinen Willen geht.[6])

Will der Gläubiger die Erfüllung der ihm zustehenden Forderung herbeiführen, so muß er diesen Willen dem Schuldner kundgeben. Ein wirksames Mittel gibt der Gesetzgeber dem Gläubiger zur Hand, um seine Forderung geltend zu machen, und dieses Mittel ist, entsprechend der interpellatio der Quellen des römischen Rechts, die Mahnung.[7])

Aus dem eben Ausgeführten läßt sich ersehen, daß der Zweck der Mahnung ist, den Schuldner zu unterrichten, daß jetzt der Zeitpunkt gekommen sei, seine Leistung zu erfüllen. Dieser Zeitpunkt muß bestimmt fixiert sein. Ließe nämlich die Mahnung die Zeit der Leistung unbestimmt, so hätte die Mahnung gar keinen Zweck; der Schuldner wüßte ebensowenig wie vorher, wann der Gläubiger die Leistung bewirkt zu haben wünscht. Andererseits darf der Gläubiger die Zeit der Leistung nicht beliebig festsetzen, da hierin eine willkürliche Abänderung des Inhalts des Schuldverhältnisses läge, die der Gläubiger einseitig nicht vornehmen darf.[8]) Hieraus geht hervor, daß der Zweck der Mahnung dahin geht, unverzüglich Leistung vom Schuldner zu erhalten. Kommt der Schuldner der Mahnung nach, befriedigt er den Gläubiger, so ist der Zweck erfüllt. Versäumt aber der Schuldner seine Pflicht, so tritt der weitere Zweck der Mahnung in Aktion, nämlich die Begründung des Schuldnerverzuges. § 284, Abs. 1, Satz 1 bestimmt: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug.“ Der

---

[6]) Ebenso Paech a. a. O. S. 47.

[7]) Entw. I, § 245: „Mahnung ist jede nach dem Eintritt der Fälligkeit an den Schuldner ergangene Aufforderung, die Leistung zu bewirken.“ Vgl. Siber a. a. O.

[8]) § 305; vgl. die weiteren Ausführungen unten S. 56 ff.

nichtbefriedigte Gläubiger will durch die Mahnung diejenigen Vorteile genießen, die ihm das Gesetz auf Kosten und zur Strafe des säumigen Schuldners gewährt.[9])

Unbillig wäre es, wenn jeder trotz erfolgter Mahnung nichtleistende Schuldner die Verzugsfolgen zu tragen hätte. Nicht die bloße Tatsache der Nichterfüllung darf der Grund der Verzugsbegründung sein. Daher hat das Bürgerliche Gesetzbuch, dem gemeinen Rechte folgend, das Verschuldungsprinzip anerkannt und in § 285 bestimmt: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“ [10])

Nach der bisherigen Darstellung scheint das Wesen und der Begriff der Mahnung überaus einfach zu sein. Dem ist aber nicht so. Im gemeinen Recht war die Mahnung mangels irgendwelcher rechtlichen Regelung Gegenstand vieler Kontroversen. Wenn auch manche Streitfrage infolge des neuen Rechts ihre Erledigung gefunden hat, so hat doch das Bürgerliche Gesetzbuch, dem früheren Rechte folgend, der Mahnung gesetzliche Feststellungen versagt. Nach wie vor herrscht in der Wissenschaft Meinungsverschiedenheit über die Mahnung, ihre rechtliche Natur, ihre einzelnen Erfordernisse usw. Es wird meine Aufgabe sein, zu diesem Streit der Meinungen Stellung zu nehmen.

Im Folgenden wird die Mahnung in ihren Einzelheiten bestimmt werden. Da aber die Mahnung nicht das einzige Mittel ist, den Schuldner zur Leistung zu veranlassen, bezw. den Säumigen in Verzug zu setzen, so wird es meine weitere Aufgabe sein, auch diese Äquivalente der Mahnung zum Gegenstand nachstehender Erörterungen zu machen.

---

[9]) Vgl. §§ 286 ff.
[10]) Vgl. Näheres unten S. 59.

II. Die Mahnung.

§ 2.

Der rechtliche Charakter der Mahnung.

Die juristische Natur der Mahnung ist der Gegenstand lebhaften Streites in der Rechtswissenschaft. Es haben sich in der zahlreichen Literatur die verschiedensten Ansichten über ihren Begriff gebildet. Drei Hauptrichtungen lassen sich in erster Linie unterscheiden. Die erste hält die Mahnung für ein Rechtsgeschäft, die zweite verweigert zwar der Mahnung den Charakter des Rechtsgeschäfts, hält sie aber für eine Willenserklärung, die dritte spricht der Mahnung sowohl die Natur des Rechtsgeschäfts, wie der Willenserklärung ab, sondern erklärt sie für eine Rechtshandlung. Die Bedeutung dieser Meinungsverschiedenheit wird dadurch wesentlich abgeschwächt, daß die meisten Gegner der Ansicht, die Mahnung sei ein Rechtsgeschäft, zu dem Ergebnis gelangen, die Mahnung müsse behandelt werden wie ein Rechtsgeschäft.

Die Mahnung ist m. E. zunächst eine Willenserklärung. Dieses wird, wie eben erwähnt, von einer großen Anzahl von Schriftstellern zugegeben, welche die Rechtsgeschäftsnatur der Mahnung verneinen.[11]) Im Folgenden soll nun der Nachweis zu erbringen versucht werden, daß die Mahnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Zu diesem Zwecke muß festgestellt werden, was ein Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechts ist. Mich in dieses Rechtsproblem, wohl das größte und bedeutendste

---

[11]) Im gemeinen Recht: Hölder, Pandekten I, S. 210, für das BGB.: Ders., Allgemeiner Teil, Vorbem. zu § 104, S. 234 ff.; Paech, a. a. O. S. 50; Oertmann, a. a. O. S. 107, Bem. 2 a zu § 284; Kriechauff, a. a. O. S. 14 und mit Einschränkung S. 15; Hünnebeck, a. a. O. S. 6; Staudinger II, a. a. O. S. 135, Bem. 2 a zu § 284, während in Bd. I die Mahnung für ein Rechtsgeschäft gehalten wird. S. 295, Vorb. IV 2 vor § 104, u. a. m.

der Wissenschaft, eingehend zu vertiefen, würde weit über den Rahmen dieser Aufgabe hinausgehen. Es sei hier nur soviel erwähnt, um die gestellte Aufgabe zu erfüllen.

Aus rechtspolitischen Gründen hat der Gesetzgeber eine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts nicht gegeben, „weil die Gefahr, durch eine wie immer geartete Fassung irre zu leiten, ungleich größer ist als die entgegengesetzte Gefahr, daß die Rechtsprechung schwankt und die für die Rechtsgeschäfte maßgebenden Grundsätze auf Handlungen, welche die Natur von Rechtsgeschäften nicht haben, anwendet.“ [12]) Doch sollte die herrschende Meinung des gemeinen Rechts zugrunde gelegt werden.[13]) [14]) Die Motive selbst geben folgende Definition: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, welcher nach der Rechtsordnung eintritt, weil er gewollt ist.“ [15]) Es ist in der Literatur allgemein anerkannt, daß nicht eine Willenserklärung in des Wortes engster Bedeutung, sondern jede Kundgebung des Willens, jeder Wille zum Erfolg genügend ist.[16]) Daher hätte der Gesetzgeber besser getan, an Stelle des farblosen Ausdrucks „Willens e r k l ä r u n g“ den umfassenderen Ausdruck „Willens k u n d g e b u n g“ oder „Tatbestand“ zu verwenden.[17]) Nach der herrschenden und m. E. richtigen Meinung

---

[12]) Motive I, S. 126.

[13]) Mot. ebenda.

[14]) Vgl. zahlreiche Literaturangabe bei W i n d s c h e i d - K i p p I, a. a. O. S. 310, Anm. 1.

[15]) Mot. I, S. 126.

[16]) D e r n b u r g, a. a. O. I, S. 366; E n d e m a n n, a. a. O. I, S. 359 ff.; E n n e c c e r u s - J ä g e r, a. a. O. S. 336 u. Note 3; Z i t e l m a n n, Rechtsgeschäfte im Entw. Bd. I, S. 21 ff., ders. Irrtum S. 276; M a n i g k, D. J. Ztg. 02, S. 281, ders. Willenserklärung S. 637; E l t z b a c h e r, a. a. O. I, S. 24; B r e i t, a. a. O. S. 85 ff., S 126 ff.; R o s e n b e r g, a. a. O. S. 32; a. M.: S c h l o ß m a n n, a. a. O. S. 80 ff.

[17]) Zwar hat gerade die jüngere Literatur, besonders Eltzbacher, Manigk und Breit, dargelegt, daß die Willenserklärung viel mehr Variationen in sich birgt, als bisher erkannt worden ist. Gegen sie vgl. Dernburg a. a. O. I, S. 366. Auf die geistvollen Ausführungen dieser Schriftsteller an dieser Stelle näher einzugehen, erübrigt sich, da sie bei ihrer Charakterisierung der Mahnung zu einem Resultat gelangen, das, wie unten gezeigt wird, die Mahnung als eine Rechtshandlung oder

sind auch die Dereliktion und Okkupation Willenserklärungen, obgleich von einer Erklärung des Willens schlechterdings nicht die Rede sein kann.[18])

Die Motive[19]) erklären das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung für Synonyma, indem sie sagen, „Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind in der Regel als gleichbedeutend gebraucht; der erstere ist nämlich da gewählt, wo die Willenserklärung als solche in Frage steht, oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, daß eine Willenserklärung zugleich nur als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage kommt.“ Diese Gleichstellung war im gemeinen Recht allgemein.[20]) Doch wurde schon bald gegen diesen „saloppen“ Sprachgebrauch angekämpft.[21]) Und das mit Recht; denn die völlige Gleichstellung trifft nicht zu. So ist z. B. bei einem Vertrage, der ein Rechtsgeschäft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, eine Willenserklärung nicht ausreichend. Trotzdem ist der Gesetzgeber den Motiven entsprechend verfahren und hat die beiden Begriffe identifiziert, wie die §§ 117, 119, 125, 134, 138—144, 182, 186 zeigen. Diese Gleichstellung ist zwar, wie gezeigt, zu verwerfen; doch geht aus ihr hervor, daß bei solchen Rechtsgeschäften, zu denen nur eine Willenserklärung gehört, wie bei der Mahnung, Willenserklärung und Rechtsgeschäft im Bürgerlichen Gesetzbuch identisch sind. „Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt keine einseitigen Willenserklärungen mit rechtlichem Erfolg, die nicht Rechtsgeschäfte sind.“ [22])

---

ein dieser gleich zu behandelndes Rechtsinstitut bezeichnet. Manigk, Willenserklärung, S. 726: Die Mahnung ist eine Willenskundgebung, Eltzbacher a. a. O. S. 176 u. 192: Die Mahnung ist eine unmaßgebliche private Willensäußerung, Breit a. a. O. S. 139: Die Mahnung ist eine Sollenserklärung.

[18]) So u. a. Rehbein, a. a. O. I, S. 102, Bem. 2; Leonhard, a. a. O. S. 260. Sogar Manigk, Willenserklärung, S. 537 ff. und Eltzbacher, a. a. O. S. 216 ff. geben zu, daß sie Willensgeschäfte sind, obgleich sie ihren Rechtsgeschäftstyp nicht billigen.

[19]) I, S. 126.

[20]) Vgl. v. Savigny a. a. O., Bd. III, S. 5 u. 6.

[21]) Bekker, Pand. II, S. 88 ff; ähnlich Zitelmann, Irrtum, S. 282, außerdem Isay, a. a. O. S. 2.

[22]) Rehbein a. a. O. S. 102, Bem. 2, ebenso Eck a. a. O. S. 116.

Wie bereits am Beginn dieser Arbeit erklärt wurde, verfolgt die Mahnung den Zweck der Befriedigung des Gläubigers. Der Wille des Gläubigers geht dahin, Erfüllung seiner Forderung zu erhalten. Rechtsgültig erklärt werden kann dieser Wille erst nach Fälligkeit der Forderung.[23]) Hieraus folgt, daß der Schuldner — vom Falle des dies interpellat pro homine abgesehen — trotz Fälligkeit unbeschadet nicht zu leisten verpflichtet ist. Durch die Mahnung wird das bereits bestehende Rechtsverhältnis in ein neues Stadium versetzt. Die Obligation, die bis zur Mahnung in bezug auf die Leistung eine zeitlich unbestimmte war, ist in eine zeitlich bestimmte umgewandelt worden. Das Schuldverhältnis erhält somit durch die Mahnung einen durch den Willen des Gläubigers unmittelbar bestimmten, geänderten Charakter.[24]) Die weiteren Wirkungen der Mahnung sind hingegen nur mittelbarer Natur. Ihr Rechtserfolg ist nunmehr von der Handlungsweise des Schuldners abhängig. Zahlt der Schuldner auf die Mahnung hin, so ist das Rechtsverhältnis erloschen, zahlt der Schuldner verantwortlicherweise nicht, so greift der weitere Zweck der Mahnung Platz, den Schuldnerverzug herbeizuführen.

Durch die verschiedenen Rechtserfolge, welche die Mahnung hervorzubringen imstande ist, und zum Teil sogar nur indirekt durch Handeln des Schuldners, wird ihre rechtsgeschäftliche Natur nicht in Frage gestellt. Es wird vielfach behauptet, von einem Rechtsgeschäft könne nur dann die Rede sein, wenn die gewollte Rechtsfolge unmittelbar durch die auf sie gerichtete Willenserklärung herbeigeführt wird.[25]) Nach dem Gesetze ist es nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft unmittelbar auf den gewollten Rechtserfolg gerichtet ist.[26]) „Es muß genügen, wenn der Erfolgswille andere Faktoren, andere Mächte, wie das Verhalten eines Dritten, in Bewegung zu setzen vermag, vermöge welcher er den indirekt gewollten Rechtserfolg indirekt erzielt,

---

[23]) § 284, Abs. 1, Satz 1.

[24]) Ähnlich de Claparède a. a. O. S. 86.

[25]) Vgl. unten S. 8.

[26]) Windtscheid-Kipp a. a. O., I, S. 313 und Note 1c; Zitelmann, Irrtum, S. 301, Rehbein a. a. O., I, S. 102, Bem. 2; Endemann a. a. O., S. 261 u. S. 275.

im Versagungsfalle aber das weitere ausgleichende Walten der Rechtsordnung involviert, mag dieses in casu vorhergesehen sein oder nicht.“ [27]) Ebensowenig ist es erforderlich, daß die beabsichtigte Wirkung durch das Rechtsgeschäft überhaupt hervorgebracht wird.[28]) Wenn der Gläubiger mahnt und seinen Zweck, Befriedigung oder Inverzugsetzung, dadurch nicht erreicht, daß der Schuldner unverschuldet nicht leistet, so ist der Mahnung trotzdem der Charakter des Rechtsgeschäfts nicht abzusprechen. Auf dem hier vertretenen Standpunkte steht de Claparède,[29]) doch führt er u. a. als Argument dafür, daß die Mahnung ein Rechtsgeschäft sei, die Tatsache an, daß bei der Mahnung Stellvertretung möglich sei. Diese Auffassung ist nicht richtig; denn Stellvertretung ist ebensogut bei Rechtshandlungen denkbar, wie sie bei einigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen sein kann.[30])

Nach Hölder[31]), Paech[32]), Staudinger[33]), Oertmann[34]), Kohler[35]), Planck[36]), Krichauff[37]) und Hünnebeck[38]) ist die Mahnung zwar eine Willenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft, weil sie keine Rechtsfolgen unmittelbar herbeiführe. Sie knüpfe an ein bestehendes Rechtsverhältnis an, durch sie begründe der Gläubiger für sich kein neues Forderungsrecht, für den Schuldner keine neue Verpflichtung. Der durch die Mahnung gewollte Rechtserfolg werde nur durch die Tätigkeit des Schuldners oder ex lege durch verantwortliche

---

[27]) de Claparède a. a. O. S. 89.
[28]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 313 u. Note 1 d.
[29]) a. a. O. S. 85 ff.
[30]) Leonhard a. a. O. S. 299; Kohler a. a. O., I, S. 430. Diese Erklärung de Claparèdes richtet sich hauptsächlich gegen Manigk, der in der D. J. Z. 02, S. 281, behauptet, daß Stellvertretung nur bei Rechtsgeschäften möglich sei, und der trotzdem die Rechtsgeschäftsnatur der Mahnung nicht anerkennt. Heute hat auch Manigk seine Anschauung über das enge Gebiet der Stellvertretung aufgegeben. Willenserklärung S. 584.
[31]) Pand. I, S. 210.
[32]) a. a. O. S. 50.
[33]) a. a. O. II, S. 135, Bem. 2 a zu § 284.
[34]) a. a. O. S. 107, Bem. 2 a zu § 284.
[35]) a. a. O. I, S. 150, 537, 538.
[36]) a. a. O. II, S. 90, Bem. 4 b zu § 284.
[37]) a. a. O. S. 15.
[38]) a. a. O. S. 5 ff.

Nichtleistung herbeigeführt. Trotzdem geben diese Schriftsteller zu, daß die Mahnung das „positiv Verzugsbegründende“ ist.[39]) Sie begründen ihre Ansicht damit, daß sie sich auf die Definitionen der Motive über Rechtsgeschäft und Willenserklärung berufen und dieselben zu den ihrigen machen. Abgeschen davon, daß die Motive, die doch nicht Gesetz geworden, unmaßgeblich sind, und aus dem Gesetz selbst nichts hervorgeht, das gegen die hier vertretene Ansicht spricht, das im Gegenteil Rechtsgeschäft und Willenserklärung unterschiedlos durcheinander braucht, sprechen auch die Motive selbst nicht gegen die verfochtene Auffassung.

Die einzige Folge daraus, daß die Mahnung eine Rechtsänderung des Forderungsrechts nicht unmittelbar bewirkt, ist, daß sie keine rechtsgeschäftliche Verfügung ist.

Hünnebeck[40]) stellt für das Rechtsgeschäft die von Bekker[41]) vertretene Ansicht „Rechtsgeschäft ist nur, was ohne den Hinzutritt weiterer Elemente rechtliche Folgen hat“, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch auf und beruft sich zur Begründung der Berechtigung hierzu auf Windscheid-Kipp[42]), der sagt, daß jeder befugt sei, den Begriff des Rechtsgeschäfts zu gestalten, wie er es für zweckmäßig halte. Für das gemeine Recht, welches das Rechtsgeschäft nicht kannte, hatte diese Behauptung volle Gültigkeit; für das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch nicht mehr. Wenn auch hier der Gesetzgeber eine Definition des Rechtsgeschäfts nicht gegeben hat, so ist doch der Begriff desselben im Gesetz in bestimmter Weise verwendet und kann nicht beliebig gestaltet werden.[43])

Hätten aber die Schriftsteller, die behaupten, die Mahnung sei kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Willenserklärung, recht, so ruft die enge Begrenzung dieser Begriffe bei der Auslegung Schwierigkeit und Rechtsunsicherheit hervor, die nur da-

---

[39]) Paech a. a. O. S. 48; ähnlich auch die übrigen zitierten Schriftsteller.

[40]) a. a. O. S. 4.

[41]) Iherings Jahrb. Bd. 12, S. 31; ebenso Köppen, Ih. Jahrb. a. a. O. S. 153.

[42]) a. a. O. I, S. 310, Note 1.

[43]) Gleicher Ansicht Breit a. a. O. S. 93; Rosenberg a. a. O. S. 51, Note 1.

durch zu umgehen sind, daß für die Willenserklärung die Grundsätze des Rechtsgeschäfts Anwendung finden müssen, um praktisch brauchbare Resultate zu erzielen. Die oben erörterte Auffassung von dem Wesen des Rechtsgeschäfts hat den Vorteil, daß auf unmittelbarem Wege das erreicht wird, was sonst auf Umwegen unter Anwendung „der Analogie . . . und anderer mehr oder minder fragwürdiger Argumente“ [44]) zu erlangen ist.

Wieder andere Schriftsteller, so Manigk[45]), Eltzbacher[46]), Kipp[47]), Enneccerus-Jaeger[48]), Breit[49]), Klein[50]), sehen, obgleich auch sie das Wesen des Rechtsgeschäfts in dem Erfolgswillen[51]) erblicken, und daher zu der hier vertretenen Ansicht gelangen müßten, in der Mahnung nur eine Rechtshandlung, weil ihre Wirkungen lediglich ex lege, ungewollt, einträten. Die Mahnung sei gar nicht auf die Vorzugswirkungen, sondern lediglich auf die Befriedigung des Gläubigers gerichtet. Der Gläubiger denke im Augenblick der Mahnung gar nicht an den Verzug, der, wenn der Schuldner verantwortlicherweise nicht leiste, ohne, ja gegen den Willen des Gläubigers hervorgerufen werde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet scharf die Rechtsgeschäfte von den sogen. Rechtshandlungen und läßt letztere begrifflich die sein, an die sich Rechtswirkungen anschließen, gleichgültig, ob sie gewollt sind oder nicht.[52]) So sind unbestritten der Besitzerwerb, Vermengen und Verarbeiten Rechtshandlungen, da es hier lediglich auf die tatsächliche Gewalt, bezw. auf die Tätigkeit des Vermengens oder Verarbeitens ankommt. Der Wille ist vollkommen unerheblich. Daher kann ein Kind von 6 Jahren oder ein Geisteskranker rechtsgültig besitzen, vermengen oder verarbeiten. Treffen diese Symptome auch bei der Mahnung zu? Unbestritten ist es in der Literatur, daß ein Ge-

---

[44]) Breit, a. a. O. S. 143; ähnlich v. Tuhr, D. J. Z. 08, S. 981.
[45]) D. J. Z. 02, S. 279 ff., Willenserklärung 726/27.
[46]) a. a. O. S. 192.
[47]) a. a. O. S. 120.
[48]) a. a. O. S. 689.
[49]) a. a. O. S. 141.
[50]) a. a. O. S. 249 und Note 11.
[51]) z. B. Manigk, Willenserklärung, S. 637.
[52]) So auch Mot. I, S. 127.

schäftsunfähiger nicht mahnen kann.[53]) Die herrschende und m. E. richtige Meinung geht dahin, daß auch ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter ohne Einwilligung des Gewalthabers nicht rechtserheblich mahnen kann.[54]) Dieses sind schon Gründe, die gegen die Auffassung, die Mahnung sei eine Rechtshandlung, sprechen. Zur Mahnung gehören doch wohl höhere geistige Eigenschaften des Mahnenden, gehört ein Wille, und zwar ein Erfolgswille.

Prüft man weiter, ob der Verzug die einzige und ganz ungewollte Folge der Mahnung ist, so muß man auch zu einem verneinenden Ergebnis kommen. Der Mahnende bezweckt Befriedigung durch den Schuldner. Diese Befriedigung erlangt er durch Leistung oder beim säumigen Schuldner gewissermaßen durch den Verzug. Kein Gläubiger wird seine Forderung für absolut sicher halten. Wenn er mahnt, will er für den Fall der möglichen schuldhaften Nichtleistung Garantieen für seine Forderung haben. Die Rechtsordnung hat durch ihre Verzugsvorschriften dem Gläubiger hülfreiche Dienste geleistet, indem sie ihm für die nicht rechtzeitige Befriedigung der ihm zustehenden Leistung Rechtsvorteile sichert. Zwar geht in erster Linie der Wille des Gläubigers auf Erfüllung der Leistung, und erst sekundär auf die Sicherung seiner Forderung durch Inverzugsetzung. Der Eintritt des Verzugs liegt somit „in der Richtung seines Willens“ [55]) und dieses Moment genügt, die Mahnung ein Rechtsgeschäft zu nennen. Daß der Gläubiger vielleicht im Einzelfalle gar nicht weiß, daß sein Erfolg, nämlich der Verzug, ein rechtlicher Erfolg ist, ist nicht erforderlich.[56])

Wäre die Mahnung aber lediglich eine Rechtshandlung, weil ihr Erfolg ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers kraft positiver Gesetzesvorschrift eintritt, so müßte sie, wenn der Schuldner seine Leistung erfüllt, ein Rechtsgeschäft sein. Diesen Rechtserfolg hat der Gläubiger gewollt, und „Rechtsgeschäft ist Erfolgswille“. Aus dieser unvermeidlichen Folgerung der doppelten Rechtsnatur der Mahnung ist ersichtlich, daß

---

[53]) Vgl. unten S. 16.
[54]) Vgl. unten S. 16 ff.
[55]) Bekker, Pand. II, S. 46.
[56]) Neumann a. a. O. I, S. 90, Vorbem. 1 a vor § 104.

die Begriffsbestimmung, die Mahnung sei eine Rechtshandlung, abzulehnen ist.

Auch Breit[57]) hält die Mahnung für eine Rechtshandlung; trotzdem erklärt er sie gleichzeitig für ein Rechtsgeschäft. Diese Auffassung begründet er damit, daß der Begriff des Rechtsgeschäfts möglichst weit gefaßt werden müsse. „Ist denn nur . . . . die Charakterisierung einer Handlung als „Rechtsgeschäft" oder „Willenserklärung" eine gar so große Auszeichnung, daß sie nur möglichst wenigen, privilegierten Akten vorbehalten bleiben darf"? fragt Breit.[58]) Der Ansicht, daß der Begriff „Rechtsgeschäft" möglichst weit interpretiert werden muß, schließe ich mich an. Man muß aber auf dem Boden des Gesetzes bleiben, und das hat Breit nicht getan. Wie oben bereits ausgeführt, hat das Gesetz das Rechtsgeschäft und die Rechtshandlung begrifflich derartig streng geschieden, daß eine Ausdehnung dieser Begriffe im Sinne Breits unmöglich ist.[59])

Viele Juristen, so Matthiass[60]), Endemann[61]), Cosack[62]), Crome[63]), Neumann[64]), Goldmann-Lilienthal[65]), Leonhard[66]), Rehbein[67]), Staudinger[68]), Hellmann[69]), de Claparède[70]) u. a. m., vertreten die Ansicht von der Rechtsgeschäftsnatur der Mahnung. Allen diesen Schriftstellern macht Breit[71]) den Vorwurf, daß entweder ihre Ansicht über den Begriff der Mahnung richtig sei, dann sei ihre Rechtsgeschäftsdefinition falsch oder umgekehrt. Paech,[72]) der die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts der Motive billige,

---

[57]) a. a. O. S. 139 ff.
[58]) a. a. O. S. 143.
[59]) Ebenso Rosenberg a. a. O. S. 51, Note 1.
[60]) a. a. O. I, S. 359.
[61]) a. a. O. S. 282, N. 3, S. 778.
[62]) a. a. O. I, S. 362.
[63]) a. a. O. I, S. 391, II, S. 137.
[64]) a. a. O. I, Bem. 2 zu § 284, S. 249.
[65]) a. a. O. I, S. 342.
[66]) a. a. O. S. 253, 261, 263, Note 3.
[67]) a. a. O. I, S. 101, Bem. 2, II, S. 119, B. 108.
[68]) a. a. O. I, S. 295, Bem. IV, 2 vor § 104.
[69]) a. a. O. S. 417, 422.
[70]) a. a. O. S. 86 ff.
[71]) a. a. O. S. 141.
[72]) a. a. O. S. 50.

komme allein zu dem logischen Schluß, die Mahnung sei zwar eine Willenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft. Breit scheint hier in den schon bereits oben einmal gerügten Fehler zu verfallen, die Materialien des Gesetzes als maßgebend anzusehen, während sie doch nur die bei der Schaffung des Gesetzes geäußerten Ansichten von Rechtsgelehrten bilden. Daß aber der Vorwurf Breits nicht zutreffend ist, daß ferner nicht einmal die Motive, obgleich das an sich belanglos ist, gegen die hier vertretene Auffassung sprechen, ist bereits mehrfach hervorgehoben worden.

Die Mahnung ist sonach eine einseitige Willenserklärung, und damit auch ein einseitiges Rechtsgeschäft. Ein weiterer Bestandteil der Mahnung ist, daß sie an eine bestimmte Person, den Schuldner, gerichtet sein muß. Denn eine Mahnung, die nicht dem Schuldner gegenüber kundgetan ist, ist wirkungslos, auch wenn er zufällig von ihr hört. Dieser Unterschied der einseitigen Rechtsgeschäfte war der gemeinrechtlichen Lehre unbekannt, und erst Zitelmann[73]) hat auf die scharfe Trenung zwischen „empfangsbedürftigen" und „nicht empfangsbedürftigen" Rechtsgeschäften aufmerksam gemacht. Dieser Einteilung ist unser Gesetzbuch gefolgt und nennt die empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte solche, „die einem andern gegenüber abzugeben" sind.

Findet die Mahnung unter Anwesenden statt, so ist dieselbe nach heutigem, wie bereits nach gemeinem Recht, mit der Abgabe der Erklärung wirksam. Mahnung und Empfang derselben fallen zeitlich zusammen. Streitig war im früheren Recht der Beginn ihrer Wirksamkeit, wenn der Gläubiger den abwesenden Schuldner mahnte. Es stritten besonders die Empfangs- und die Vernehmungstheorie um den Sieg, ob die Mahnung als empfangen anzusehen war mit ihrem bloßen Zugehen oder mit der wirklichen Kenntnisnahme. Da sich der Schuldner der Kenntnisnahme leicht entziehen konnte, billigte eine große Zahl Juristen die Empfangstheorie,[74]) und für diese hat sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch entschieden, indem es einem Abwesenden gegenüber em-

---

[73]) Rechtsgeschäfte, S. 23.

[74]) Windscheid-Kipp a. a. O. I, S. 340 ff., II, S. 245 und die in den Noten 2, 3 u. 4 aufgeführte Literatur.

pfangsbedürftige Willenserklärung im Augenblick des Zugehens für wirksam erklärt.[75]) Zwar glaubten die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch eine solche Bestimmung die Mängel der Vernehmungstheorie ausgemerzt.[76]) Jedoch schon Zitelmann[77]) wies nach, daß auch bei der reinen Empfangstheorie dem Schuldner es leicht möglich ist, die Empfangnahme der Mahnungserklärung dolos oder fahrlässig zu hintertreiben. Daher schlug er an Stelle der vom Gesetz erkorenen Theorie die sog. „modifizierte Vernehmungstheorie" vor, nach welcher die Mahnung dann schon wirksam sein soll, wenn unter normalen Umständen dem Schuldner die Möglichkeit geboten wird, von ihr Kenntnis zu nehmen.[78]) Diese Treu und Glauben im Geschäftsverkehr allein entsprechende Ansicht ist auch von der Literatur und Judikatur mit Recht anerkannt worden.[79]) [80])

Das Mahnrecht ist kein selbständiges Recht, sondern ein Akzessorium des Schuldverhältnisses, das mit der Fälligkeit entsteht, dessen Schicksale es stets teilt. Jede Veränderung der Obligation verändert in gleicher Weise das Mahnrecht.

Obgleich die Mahnung im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse erwähnt wird, so ist das kein Grund, ihre Anwendbarkeit auf dieses Rechtsgebiet zu beschränken. Die gegenteilige Ansicht war im gemeinen Recht vorherrschend.[81]) Die Mahnung ist überall da anwendbar, wo eine fällige Forderung vorhanden ist, mag ihr Ursprung ein obligatorisches oder absolutes Recht sein. Wo ein Schuldnerverzug möglich ist, da ist auch die Mahnung existenzberechtigt.[82])

---

[75]) § 130.
[76]) Mot. I, S. 157.
[77]) Rechtsgeschäfte, S. 101.
[78]) Ebenso Planck a. a. O. I, S. 233/34, Bem. 1 zu § 130.
[79]) Regelsberger a. a. O. S. 553; Hölder, Archiv, S. 69; de Claparède, S. 91; R. G. E. Bd. 50, S. 191.
[80]) Das Nähere über das Wirksamwerden schriftlicher Mahnungen vgl. im Kap. „Form der Mahnung".
[81]) So z. B. Kniep a. a. O. I, S. 73; Mommsen a. a. O. S. 75; v. Madai a. a. O. S. 179; Bettmann a. a. O. S. 16.
[82]) Ebenso Windscheid a. a. O. S. 259; de Claparède a. a. O. S. 93; u. S. 30ff; Paech a. a. O. S. 50.

§ 3.

Die Personen der Mahnung.

Die Mahnung ist, wie im vorigen Kapitel dargelegt wurde, ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Daher geben die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Geschäftsfähigkeit [83]) die Antwort auf die Frage, wer gültig mahnen und gemahnt werden kann.

Selbstverständlich ist jeder Geschäftsfähige zur Mahnung aktiv wie passiv legitimiert. Befindet sich aber der Geschäftsfähige in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit, so ist seine Mahnung nach § 105, Abs. 2 wirkungslos. Ruft z. B. ein sinnlos betrunkener Gläubiger seinem Schuldner zu: bezahle deine Schuld, so ist diese Mahnung ungültig. Ebenso unwirksam ist die Mahnung, die einem anwesenden Schuldner gegenüber abgegeben wird, der sich in dem eben näher bezeichneten Zustande befindet. Ein solcher Schuldner ist zur Entgegennahme der Mahnung unfähig; denn eine unter Anwesenden ausgesprochene Mahnung wird sofort perfekt. Dieses Perfektwerden wird aber durch die Situation des Schuldners vereitelt. Soll ein abwesender Schuldner gemahnt werden, so wird die Mahnung nach § 130 mit dem Zugehen gültig.[84]) Befindet sich der Schuldner in einem Zustande der Bewußtlosigkeit, im Schlafe oder in totaler Trunkenheit, so ist die Mahnung sowohl nach der Empfangs- wie nach der „modifizierten Vernehmungstheorie“ unwirksam. Anders gestaltet es sich, wenn der Schuldner an einem vorübergehenden Geistesdefekt leidet. Nach der Empfangstheorie ist auch hier die Mahnung wirksam mit dem Zugehen, nach Zitelmanns Theorie ist sie unwirksam, da der Schuldner weder vorsätzlich noch fahrlässig die Kenntnisnahme hintertreibt. Im konkreten Falle der Mahnung verhütet das Gesetz durch die Bestimmung des § 285, daß sie unbillige Folgen, nämlich den Verzug, zeitigt. Doch gibt es manche Willenserklärungen, so die Offerte, die unter diesen Umständen nach bürgerlichem Recht als zugegangen

---

[83]) §§ 104 ff.
[84]) Vgl. voriges Kapitel.

gelten. In diesem Falle zeigt sich deutlich der Vorzug der Zitelmannschen „modifizierten Vernehmungstheorie“.[85])

Unbestritten ist ferner, daß ein Geschäftsunfähiger rechtserheblich weder mahnen noch gemahnt werden kann.

Indessen herrscht lebhafter Streit über die Frage, ob die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen gültig mahnen können. Zu dieser Kategorie gehören alle Menschen vom 7. Lebensjahre bis zur Volljährigkeit, die nach § 114 entmündigten und die gemäß § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellten.

Der beschränkt geschäftsfähige Gläubiger kann ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters den Schuldner insofern nicht mahnen, als er Erfüllung an sich verlangt. Dieses ist in der Literatur allgemein anerkannt. Denn die Erfüllung ist ein Vertrag, durch den der Gläubiger infolge Erlöschens des Schuldverhältnisses einen rechtlichen Nachteil durch Verlust seines Anspruchs erleidet.[86])

Mahnt der beschränkt Geschäftsfähige hingegen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters in der Weise, daß er Zahlung an letzteren verlangt, so wird vielfach behauptet, daß diese Mahnung zu Recht bestehe.[87]) Eine derartige Mahnung bringe dem Gläubiger stets einen rechtlichen Vorteil; durch sie sei alles geschehen, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Windscheid-Kipp sagt sogar, der einzige Rechtserfolg der Mahnung sei die Begründung des Verzugs, da von einer die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses herbeiführenden Kündigung

---

[85]) Gleicher Ansicht de Claparède a. a. O. S. 141.

[86]) Vgl. §§ 107, 108. — Ebenso Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 689. — Windscheid-Kipp a. a. O. II, S. 145, Fischer-Henle a. a. O. S. 196, Bem. 4 zu § 362, Planck a. a. O. II, S. 90, Bem. 4 b zu § 284.

[87]) Kniep a. a. O. I, S. 167; Oertmann a. a. O. S. 107, Bem. 2 bα zu § 284; Planck a. a. O. II. S. 90. Bem. 4b zu § 284; jedoch sagt Planck, es sei nicht erforderlich, daß der beschränkt Geschäftsfähige Leistung ausdrücklich an den gesetzlichen Vertreter verlange. — Windscheid-Kipp a. a. O. II, S. 145; Paech, a. a. O. S. 52; Neumann a. a. O. I, S. 97, Bem. 1a zu § 107; Breit a. a. O. S. 198; Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 182, während Dernburg in der früheren Ausgabe sagte, zur Mahnung sei nur ein vollkommen Geschäftsfähiger geeignet. a. a. O. S. 167.

hier nicht die Rede sein könne.[88]) Der Zweck der Mahnung geht in erster Linie auf Befriedigung des Gläubigers, d. h. mittelbar auf Aufhebung eines Rechtsverhältnisses und erst sekundär auf Begründung des Schuldnerverzugs. Es ist zu prüfen, ob die selbständige Mahnung eines beschränkt Geschäftsfähigen diesem lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Ist dieses der Fall, so ist die Behauptung, der beschränkt Geschäftsfähige könne selbständig mahnen, zutreffend. Hat die in Frage stehende Mahnung Erfolg, zahlt der Schuldner, so erlangt der beschränkt Geschäftsfähige einen rechtlichen wie wirtschaftlichen Vorteil, aber „lediglich einen rechtlichen Vorteil", wie das Gesetz es verlangt,[89]) hat er nicht, da er seine Rechtsposition insofern verschlechtert, als die bis dahin bestandene Forderung untergegangen ist, er seine Gläubigerschaft verloren hat. Paech[90]) leugnet diesen rechtlichen Nachteil. Er behauptet, durch die Erfüllung der Verbindlichkeit könnten dem beschränkt Geschäftsfähigen höchstens Nachteile wirtschaftlicher Natur erwachsen und führt hierfür folgendes Beispiel an: „Es ist z. B. Geld bei einem Bankier zu einem Zinsfuß in der Weise sicher belegt, daß der Gläubiger es zwar zu jeder Zeit zurückfordern, der Schuldner es aber erst nach Jahren kündigen darf." Während Knicp, bei Anführung des gleichen Beispiels, von „diesen seltenen Fällen" absieht, in diesem Nachteil also fälschlicherweise einen rechtlichen Nachteil erblickt,[91]) halte ich mit Paech diesen rein ökonomischen Schaden in bezug auf die Bestimmung des § 107 für unerheblich. Daher wird Paech verleitet, an das Beispiel die Bemerkung zu knüpfen, „es müßte nochmals wiederholt werden: der beschränkt Geschäftsfähige mahnt vollwirksam". Es wird zugegeben, daß man leicht bewogen werden kann, von einem lediglich rechtlichen Vorteil des Mahners zu sprechen, weil eben der rechtliche Nachteil in den meisten Fällen klein

---

[88]) Insofern hat Windscheid-Kipp recht, als von einer die Aufhebung herbeiführenden Kündigung nicht die Rede sein kann; hier ist auch nur von einer die Aufhebung mittelbar herbeiführenden Mahnung die Rede.

[89]) Vgl. § 107.

[90]) a. a. O. S. 52.

[91]) a. a. O. I, S. 166.

und unerheblich ist. Aber logisch ist dieser Schluß nach obigen Ausführungen nicht. Rechtliche und wirtschaftliche Nachteile müssen streng voneinander unterschieden werden. Ein beschränkt Geschäftsfähiger mag einen noch so günstigen Kaufvertrag abschließen, trotzdem kann von einem lediglich rechtlichen Vorteil nicht die Rede sein, da für ihn durch die Eingehung der Verbindlichkeit der Zahlung des noch so geringen Kaufpreises ein rechtlicher Nachteil entsteht.

Hat die Mahnung des beschränkt Geschäftsfähigen den Erfolg der Verzugsbegründung, so erwirbt der Gläubiger lediglich einen rechtlichen Vorteil. Er bleibt nicht nur im Besitze seiner Forderung, sondern deren Sicherheit wird durch den Verzug noch verstärkt. Dadurch wären also die Erfordernisse des § 107 erfüllt, und der Ansicht, der beschränkt Geschäftsfähige kann selbständig mahnen, stände nichts im Wege. Trotzdem muß dieses Resultat verneint werden. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß es eine Schädigung der Sicherheit des Rechtsverkehrs bedeutet, wenn das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Rechtsgeschäfts, hier der Mahnung, vollkommen außerhalb des Machtbereichs des Gläubigers liegt. Es ist lediglich vom Willen des Schuldners abhängig, ob er der Mahnung nachkommt oder nicht. Befolgt er sie, so ist sie nichtig, befolgt er sie nicht, so ist sie gültig, da durch den Verzug des Gläubigers lediglich rechtliche Vorteile entstehen. Daß eine derartige Erscheinung, wie die selbständige Mahnung eines beschränkt Geschäftsfähigen nicht existenzberechtigt ist, erscheint gerechtfertigt.

Aber noch ein zweiter Grund spricht für die hier vertretene Ansicht. Die selbständige Mahnung des beschränkt Geschäftsfähigen läßt sich mit dem Zweck und der Aufgabe der gesetzlichen Vertretung nicht vereinigen. Das Wesen der gesetzlichen Vertretung beruht in dem Ausschluß des Vertretenen von der Vermögensverwaltung, da er wegen seiner Unerfahrenheit des Schutzes und der Hülfe bedarf. Der gesetzliche Vertreter hat seine Vermögensangelegenheiten wahrzunehmen. Im eigenen Interesse darf der beschränkt Geschäftsfähige diese durch eigene Handlungen, wie durch eine Mahnung, nicht durchkreuzen. Es mag ja sein, daß die geistige Entwicklung des vielleicht zwanzig-

jährigen Mündels eine größere ist, als die des Vormundes. Trotzdem darf mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs das Gesetz der geistigen Veranlagung des Einzelnen nicht Rechnung tragen. Es mußte daher eine bestimmte Altersgrenze zur Bestimmung der für den Geschäftsverkehr erforderlichen Reife als Norm festgesetzt werden.

Die Schwäche ihrer Meinungen scheinen auch Paech[92]) und Windscheid-Kipp[93]) zu fühlen und suchen sie durch die Behauptung zu beseitigen, daß bei einem Widerspruch zwischen der Mahnung des beschränkt Geschäftsfähigen und einer gegenteiligen Anordnung des gesetzlichen Vertreters letztere den Vorrang habe. Dieser Schluß ist irrig. Kann ein beschränkt Geschäftsfähiger nach § 107 rechtsgültig eine Willenserklärung abgeben, so hat dieselbe die Wirkung der Willenserklärung eines vollkommen Geschäftsfähigen und kann durch eine Willenserklärung selbst des gesetzlichen Vertreters nicht rückgängig gemacht werden. Hat ein Minderjähriger eine ihm aus unlauteren Motiven angebotene rein lukrative Schenkung angenommen, so kann ihm der Vormund wohl moralisch die Rückgabe des Geschenks befehlen, eine gesetzliche Handhabe steht ihm hierzu aber nicht zur Seite. Moral und Recht decken sich nicht stets! Wenn der beschränkt Geschäftsfähige wider den Willen des gesetzlichen Vertreters gemahnt hat, so kann dieser die Mahnung nicht rückgängig machen.

Die Mahnung des beschränkt geschäftsfähigen Gläubigers ohne zuständige Einwilligung ist nichtig.[94])

Auch Endemann[95]) steht auf dem Standpunkt, daß die Mahnung dem beschränkt Geschäftsfähigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Trotzdem gelangt er zu dem Ergebnis, daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sei, weil unter § 107 keine einseitigen Rechtsgeschäfte fallen und

---

[92]) a. a. O. S. 53.

[93]) a. a. O. II, S. 145.

[94]) Gleicher Ansicht sind: Matthiass a. a. O. S. 176; Schollmeyer a. a. O. S. 121, Bem. 2 zu § 284; Goldmann-Lilienthal a. a. O. I, S. 142; Rehbein II, S. 120, Bem. 109; Crome a. a. O. I, S. 361; Mommsen a. a. O. S. 51; Fischer-Henle a. a. O. S. 159, Bem. 1 zu § 284; de Claparède a. a. O. S. 126 ff.

[95]) a. a. O. S. 130 u. Note 8.

§ 111, Satz 1, die absolut zwingende Norm enthält, daß zur Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig sei, und diese Norm dem ungenau gefaßten § 107 gegenüber durchgreife. Es ist in der Wissenschaft allgemein anerkannt, daß dem § 107 alle Rechtsgeschäfte, einseitige wie Verträge, unterstehen, weil das Gesetz die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft unterschiedlos durcheinander gebraucht. Ferner, daß die Bestimmung des Paragraphen auch e contrario Gültigkeit hat. Zu allen Willenserklärungen, welche dem beschränkt Geschäftsfähigen lediglich einen rechtlichen Vorteil gewähren, ist somit eine Einwilligung nicht erforderlich. Daß aber der § 111 nur diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte meint, die dem beschränkt Geschäftsfähigen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, geht daraus hervor, daß dort von der erforderlichen Einwilligung, also nur von nicht rein lukrativen, einseitigen Rechtsgeschäften die Rede ist.[96])

Von dem Satze, daß der beschränkt Geschäftsfähige ohne Einwilligung nicht gültig mahnen kann, kennt das Gesetz drei Ausnahmen. Ist der beschränkt Geschäftsfähige ermächtigt, gemäß § 112 ein Erwerbsgeschäft zu betreiben oder nach § 113 in Dienst oder in Arbeit zu treten, so gilt er für alle Rechtsgeschäfte, die seine Tätigkeit mit sich bringt, für unbeschränkt geschäftsfähig; er kann somit auch rechtsgültig mahnen. Nach § 110 kann ein beschränkt Geschäftsfähiger selbständig Verträge abschließen, wenn er die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung vom gesetzlichen Vertreter oder von einem dazu befugten Dritten überlassen sind. Hünnebeck[97]) nimmt an, daß der beschränkt Geschäftsfähige aus einem unter diesen Voraussetzungen abgeschlossenen Vertrage nicht selbständig mahnen könne, da der Mahnung die §§ 107 und 111 entgegenständen. Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Die allgemeine Bestimmung über die Fähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger zum Abschluß von Rechtsgeschäften

---

[96]) Gleicher Ansicht: Breit a. a. O. S. 192/93; a. M.: Oertmann a. a. O. S. 107 Bem. bα zu § 284.

[97]) a. a. O. S. 40.

ist durch die lex specialis des § 110 ausgeschaltet. § 111 betrifft nur diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, welche von vornherein als solche abgeschlossen sind, nicht aber diejenigen, welche die Folge eines nach § 110 geschlossenen Vertrages darstellen. Folgendes Beispiel möge die hier vertretene Ansicht beleuchten: Der zwanzigjährige Student A. bestellt bei dem Buchhändler B. Bücher, bezahlt sie bar und bittet B., ihm dieselben zuzuschicken. B. kommt dieser Verpflichtung nicht nach. Da A. die Bücher notwendig braucht, mahnt er B. Sollte diese Mahnung unwirksam sein? Sollte A. solange warten müssen, bis er die schriftliche Einwilligung seines vielleicht weit entfernt wohnenden gesetzlichen Vertreters beigebracht hat? Eine solch enge Interpretation des § 110 kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, der diese Bestimmung gerade zur größeren Bewegungsfreiheit der beschränkt Geschäftsfähigen getroffen hat.[98])

Abgesehen von diesen drei gesetzlichen Ausnahmen ist zur Mahnung eines beschränkt Geschäftsfähigen die schriftliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig. Kann diese nicht vorgelegt werden, so ist der Schuldner berechtigt, die Mahnung unverzüglich zurückzuweisen. Macht er von seinem Rechte keinen Gebrauch, so bleibt die mündliche Einwilligung genügend, aber auch stets erforderlich.[99])

Die Mahnung, die einem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber abgegeben wird, ist wirkungslos. Für ihn ist nur sein gesetzlicher Vertreter passiv legitimiert. Zwar hat das Gesetz in § 131, Abs. 2, Satz 2 den Fall vorgesehen, daß auch einem Minderjährigen gegenüber eine Willenserklärung abgegeben werden kann und diese mit dem Zugehen wirksam ist, aber nur, wenn sie ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, oder der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt hat. Ersteres trifft hier niemals zu, da die Mahnung stets für den Schuldner nachteilig ist, letzteres, wenn der gesetzlichen Vorschrift genügt ist.

Ausgenommen von dieser Regel sind wiederum die Fälle der §§ 110, 112 und 113. Hier kann der beschränkt geschäfts-

---

[98]) Ähnlich de Claparède a. a. O. S. 127, Note 4.
[99]) § 111.

fähige Schuldner gültig gemahnt werden. So kann der zwanzigjährige Student vom Buchhändler wirksam auf Zahlung des von ihm gekauften und übergebenen Buches gemahnt werden.[100]) de Claparède ist im allgemeinen der hier vertretenen Ansicht; doch macht er bezüglich des passiven Mahnrechts der beschränkt Geschäftsfähigen hinsichtlich ihres Alters Unterschiede, die weder die Wissenschaft noch die Praxis machen darf.[101])

Mahnt der Gläubiger einen beschränkt Geschäftsfähigen in der Absicht, diese Mahnung sei nur für den gesetzlichen Vertreter bestimmt, und werde diesem schon übermittelt werden, so ist die Mahnung, wenn der Gläubiger seinen Schuldner ausdrücklich als Boten verwendet, er ihm z. B. sagt, bestelle deinem Vormund, daß ich ihn mahne, in dem Augenblick und auch nur dann wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter vom beschränkt Geschäftsfähigen übermittelt wird.[102])

Rechtsfähige Vereine und Stiftungen des Privatrechts mahnen und werden gemahnt durch ihren Vorstand oder durch besonders bestellte Vertreter.[103]) Gemahnt werden kann auch irgend ein Mitglied des Vorstandes allein.[104]) Befindet sich der Verein in Liquidation oder erlischt die Stiftung, so treten die Liquidatoren an die Stelle des Vorstandes.[105]) Das Mahnrecht des Fiskus sowie der übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts regeln die Ausführungsgesetze der Bundesstaaten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, nicht dieses selbst.[106])

Sind auf der Gläubiger- oder auf der Schuldnerseite mehrere Personen, so müssen verschiedene Fälle unterschieden werden. Bei der Teilgläubigerschaft bezw. Teilschuldnerschaft des § 420 gilt die Rechtsregel nomina ipso iure divisa sunt, jeder Gläubiger kann den Schuldner nur bezüglich seiner Quote mahnen, jeder

---

[100]) Ebenso Kniep a. a. O. I, S. 228; a. M.: Hünnebeck a. a. O. S. 40.

[101]) a. a. O. S. 137 und Note 1.

[102]) Ebenso de Claparède a. a. O. S. 137/38; Planck a. a. O. I, S. 240, Bem. 4 zu § 131; a. M.: Hünnebeck a. a. O. S. 41.

[103]) §§ 26, 30, 86.

[104]) §§ 28, 86.

[105]) §§ 48, 88.

[106]) Vgl. die Aufzählung bei Paech a. a. O. S. 56, Note 9.

Schuldner nur wegen des auf ihn entfallenden Schuldteils gemahnt werden. Besteht eine Gesamtschuldnerschaft,[107]) so wirkt die Mahnung nur gegen den Schuldner, gegen den sie gerichtet ist.[108]) Bei der Gesamtgläubigerschaft[109]) bezw. bei einer Gesamtgläubigerschaft auf eine unteilbare Leistung[110]) kann bezw. muß jeder Gläubiger die Leistung an alle Mitglieder verlangen; die Mahnung hat aber Verzugswirkung nur zu Gunsten desjenigen Gläubigers, der sie betreibt.[111]) Bei der Gesamthandsgläubigerschaft[112]) hat die Mahnung nur Wirksamkeit, wenn sie von sämtlichen Gläubigern ausgeht, während bei der Erbengemeinschaft[113]) die Vorschriften des § 432 Anwendung finden.

Ist eine Mahnung erfolgt und stirbt der Gläubiger (der Schuldner), so wirkt sie trotzdem für (gegen) seine Erben,[114]) es sei denn, daß die Forderung (Schuld) mit der Person des Berechtigten (Verpflichteten) oder durch einen anderen Rechtsgrund, z. B. durch Konfusion untergegangen ist. War eine Mahnung vor dem Tode nicht erfolgt, so ist es nicht notwendig, daß bis zur Erbschaftsannahme mit ihr gewartet wird. Die Erbschaftsgläubiger können den voraussichtlichen Erben bereits vorher gültig mahnen. Hat der Erbe vor der Ausschlagung der Erbschaft gemahnt, oder ist er gemahnt worden, so bleibt die Mahnung für und gegen den nach der Ausschlagung an seine Stelle tretenden Erben wirksam.[115])

Der Testamentsvollstrecker ist nach dem Gesetze[116]) aktiv und passiv zur Mahnung legitimiert, es sei denn, daß ihm die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht. Neben ihm kann auch der Erbe wirksam gemahnt werden, weil er für die Nachlaßverbindlichkeiten persönlich haftet.[117])

---

[107]) § 421.
[108]) § 425, Abs. 2.
[109]) § 428.
[110]) § 432.
[111]) §§ 429, Abs. 3, 425, 432, Abs. 2.
[112]) §§ 709, 718 ff., 1472.
[113]) § 2039.
[114]) §§ 1922, 1967.
[115]) § 1959, Abs. 1 u. 3.
[116]) §§ 2197 ff., insbes. 2212 u. 2213.
[117]) § 2213, ebenso Fischer-Henle a. a. O. S. 1121, Bem. 2 zu § 2213.

Wie der Testamentsvollstrecker zur Mahnung aktiv und passiv legitimiert ist, so steht die gleiche Befugnis innerhalb seines Geschäftsbereichs dem Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwalter sowie der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt und dem Ehemann bezüglich des Eheguts zu. Mag auch die rechtliche Stellung der eben genannten Verwalter in der Wissenschaft noch so bestritten sein,[118]) so ist doch ihre Tätigkeit stets der eines gesetzlichen Vertreters ähnliche.

Nicht allein durch den Tod, sondern auch durch Rechtsgeschäft kann in der Person des Gläubigers oder des Schuldners ein Wechsel eintreten. Ist durch Zession an die Stelle des alten Gläubigers ein neuer getreten, und mahnt dieser, so kann der Schuldner nach § 410[119]) die Mahnung unverzüglich zurückweisen, wenn keine Abtretungsurkunde vorgelegt wird. Dieses ist nicht erforderlich, wenn der Schuldner vorher von der Forderungsübertragung schriftlich in Kenntnis gesetzt wurde. Macht er von diesem ihm zustehenden Recht keinen Gebrauch, so ist die Mahnung wirksam. Ist eine Hypothek oder Grundschuld, über die ein Brief gebildet ist, auf einen neuen Gläubiger durch Übergabe des Briefes übergegangen, so finden die Bestimmungen des § 410 Anwendung, natürlich mit der Änderung, daß an Stelle der Abtretungsurkunde der Brief vorgelegt werden muß.[120]) Diese Bestimmungen haben ihren Grund darin, daß die Übertragungen ohne jede Mitwirkung des Schuldners stattfinden können, dieser über die Person des neuen Gläubigers nichts zu wissen braucht und daher eine Legitimation verlangen kann.

An die Legitimation des neuen Gläubigers knüpft sich von selbst die Frage, ob der ursprüngliche Gläubiger sich auch beim Schuldner ausweisen muß. Im allgemeinen wird der Schuldner seinen Gläubiger kennen und einer Legitimation bedarf es nicht. Kennt aber der Schuldner seinen Gläubiger nicht, so kann er eine Feststellung der Richtigkeit seiner Persönlichkeit verlangen. Hierzu genügt m. E. die Vorzeigung eines behördlichen Ausweispapiers, z. B. eines Militärpasses. Die Feststellung der Identität

---

[118]) Vgl. R. G. E. Bd. 29, S. 29 ff.
[119]) Strieth. Arch. Bd. 62, S. 142 ff.
[120]) §§ 1160, 1192.

durch einen Dritten, wie Kniep[121]) es verlangt, halte ich für zu weit gegangen. Das wäre eine zu große Behinderung im Geschäftsverkehr und gäbe dem Schuldner zur Ausübung von Chikane günstige Gelegenheit. Gegen betrügerische Menschen können auch das vollkommenste Rechtsbuch und die größte angewandte Vorsicht nicht mit Sicherheit schützen.

Ebenso wie der erste oder neue Gläubiger müssen sich auch der gesetzliche Vertreter und die ihm gleich zu behandelnden Personen durch Vorweis ihrer Bestallung oder anderer Legitimationspapiere ausweisen. Auch hier wird eine von Kniep geforderte Feststellung der Identität der Persönlichkeit nicht erforderlich sein.

Tritt in das bestehende Schuldverhältnis ein neuer Schuldner ein, so ist die Schuldübernahme entweder privativ[122]) oder kumulativ.[123]) Im ersten Falle steht dem Gläubiger nur gegen den neuen Schuldner, im letzten Falle gegen beide Schuldner ein Mahnrecht zu.[124])

§ 4.

Mahnung durch gewillkürte Vertretung und Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Neben den genannten Fällen der gesetzlichen Vertretung oder der ihr gleich zu behandelnden Arten ist es auch zulässig, sich im Mahnrecht kraft eigener willkürlicher Entschließung vertreten zu lassen. Diese Vertretung kann eine generelle sein, sie kann aber auch für eine einzelne Handlung bestehen.

Kann ein Vollgeschäftsfähiger infolge körperlicher Gebrechen seine Angelegenheiten nicht selbst erledigen, so erhält er mit seiner Einwilligung einen Pfleger, der für ihn insbesondere seine Vermögensangelegenheiten besorgt.[125]) Trotzdem bleibt der Pflegebefohlene vollkommen geschäftsfähig. Geht die elterliche Gewalt auf die Mutter über, so ist sie nach § 1687, Abs. 2 berechtigt, die Bestellung eines Beistands, gleichgültig aus wel-

---

[121]) a. a. O. I, S. 217 ff.
[122]) §§ 415 ff.
[123]) §§ 419, 765 ff.
[124]) Vgl. jedoch die Bestimmungen der §§ 419, 770, 771.
[125]) §§ 1910, 1915.

chen Gründen, beim Vormundschaftsgericht zu beantragen. Dieser Beistand kann, wie der Pfleger, alle Angelegenheiten innerhalb seines Wirkungskreises erledigen, somit auch das aktive und passive Mahnrecht ausüben.

Der Gläubiger kann zu seiner Bequemlichkeit sich eines Vertreters in der Erklärung bedienen, der für ihn mahnt. Eine Vertretung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt nicht vor; denn das Gesetz kennt nur eine Vertretung im Willen.[126]) Benutzt der Gläubiger einen Vermittler zur Überbringung der Mahnung, so wird dem Schuldner der Wille des Gläubigers mitgeteilt; der Wille der Mittelsperson kommt gar nicht in Frage. Dieser ist nur das Organ, das Werkzeug des Gläubigers, das ihm denselben Dienst leistet wie ein Brief oder Telegramm. Daher braucht der Überbringer der Mahnung überhaupt keinen eigenen Willen haben, m. a. W. er darf in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, ja sogar geschäftsunfähig sein. Andererseits muß der Gläubiger vollkommen geschäftsfähig oder kraft gesetzlicher Vorschrift zur Ausübung des Mahnrechts berechtigt sein, da er selbständig durch Übermittlung seinen eigenen Willen kundgibt.

Ist der Gläubiger verpflichtet, die Leistung beim Schuldner in Empfang zu nehmen, d. h. liegt eine Holschuld vor, so ist eine Mahnung durch einen „Vertreter in der Erklärung" unwirksam, da dieser die Zahlung nicht in Empfang nehmen darf. Gültig ist hingegen die Mahnung, wenn der Bote die Bestellung auszurichten hat, der Gläubiger mahne die Holschuld, er käme um 12 Uhr, um sie in Empfang zu nehmen.

Der Schuldner kann nicht gezwungen werden, die Mahnung durch einen Boten anzunehmen. Man denke sich folgenden Fall: Der Lehrling des A. kommt zum Schuldner des B., um ihm die Mahnungserklärung des A. zu überbringen. B. ahnt den Zweck des Kommens, er schneidet dem Lehrling von vornherein das Wort ab, indem er sagt, er wolle nichts hören. Wenn trotzdem der Lehrling die Erklärung des A. abgibt, so ist die Mahnung unwirksam. Von einem „Zugehen" im Sinne des § 130 kann hier nicht die Rede sein. Eine völlige Vereitelung ist dagegen

---

[126]) §§ 164 ff., vgl. unten S. 27.

dem B. durch den § 132 unmöglich gemacht, weil A. jederzeit in der Lage ist, einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zu betrauen.[127])

Ebensowenig wie die Vertretung in der Erklärung kennt das Gesetz die sog. indirekte Stellvertretung, d. h. die Stellvertretung eines Dritten im eigenen Namen für eigene Rechnung. In einem solchen Falle hat sich der Vertreter verpflichtet, ein Rechtsgeschäft, hier die Mahnung, für einen andern zu erledigen. Für den Gegenkontrahenten ist diese Vertretung nicht erkennbar. Der mahnende bezw. gemahnte Vertreter tritt selbst als Partei auf und ist nur in dem, den Gegenkontrahenten nicht berührenden Innenverhältnis dem Vertretenen haftbar. Weil hier für die Gegenpartei gar keine Vertretung vorliegt, hat ihre Besprechung an dieser Stelle keine Berechtigung, sie sei nur der Vollständigkeit halber hier erwähnt.

Die eigentliche direkte oder unmittelbare Vertretung ist eine „Vertretung im Willen". Hier handelt der Vertreter „innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen".[128]) Der Vertreter bleibt Herr seines eigenen Willens, er hat die freie Entscheidung über die Art und Weise, wie er den Interessen des Vertretenen gerecht werden will. Der Abschluß des Rechtsgeschäfts hängt lediglich von seinen Fähigkeiten ab. Seine Pflicht ist es, daß er der Gegenpartei ausdrücklich oder auch wohl stillschweigend durch die Umstände zu erkennen gibt, in wessen Namen er handelt. Der Vertreter darf daher nicht, weil er seinen eigenen Willen kundgibt, wie der Vertreter in der Erklärung geschäftsunfähig sein. Andererseits ist volle Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich, da der Vertreter nicht im eigenen, sondern im fremden Namen handelt.[129])

Die Vertretung kann auf verschiedener Basis beruhen, auf Grund des Gesetzes, eines Rechtsgeschäfts und auch ohne Vertretungsmacht. Von der gesetzlichen Vertretung und den ihr im Effekt gleichkommenden Fällen ist bereits im vorigen Kapitel

---

[127]) Vgl. Näheres unten S. 34.
[128]) § 164.
[129]) § 165.

gesprochen worden. Von den beiden andern Arten sei im folgenden die Rede.

Die Vertretungsmacht auf Grund eines Rechtsgeschäfts heißt Vollmacht.[130]) Häufig wird die Vollmacht durch Erklärung des Vertretenen gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt. Der Dritte weiß somit von dieser Vollmacht nichts. Zur Orientierung kann der Dritte daher nach § 172 die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangen, es sei denn, daß die Vollmacht dem Dritten durch besondere Mitteilung bekannt gegeben ist.[131])

Hat der Gläubiger einen andern bevollmächtigt, seinen Schuldner zu mahnen, so ist die Mahnung unwirksam, wenn der Bevollmächtigte nicht seine Vollmachtsurkunde vorlegt, und der Schuldner die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Verlangt der Schuldner die Vorlegung der Vollmachtsurkunde nicht, so ist die Mahnung gültig.

Auch bei der Stellvertretung des Gläubigers ist zwischen Hol- und Bringschulden zu unterscheiden. Lautet die Vollmacht nur dahin, daß der Bevollmächtigte den Schuldner auf Bezahlung einer Bringschuld mahnen soll, er aber zur Entgegennahme der Zahlung nicht ermächtigt ist, so ist die Mahnung gültig, auch wenn der Schuldner zur sofortigen Leistung bereit ist, der Bevollmächtigte aber wegen mangelnder Legitimation die Annahme verweigert. Mommsen[132]) weist mit Recht darauf hin, daß eine solche Mahnung die gleiche Wirkung hat wie ein Mahnbrief, der auch gültig ist, obgleich der Postbote zur Entgegennahme der Zahlung nicht berechtigt ist. Es ist ein Bestandteil der Bringschuld, daß der Schuldner die Leistung an den Gläubiger bewirkt. Weigert er sich, dieses zu tun, indem er dem nicht dazu bevollmächtigten Vertreter die Schuld anbietet, so ist dessen Mahnung verzugsbegründend.

Hat der Gläubiger einer Holschuld seinen Vertreter nur zur Mahnung, nicht zur Empfangnahme der Leistung legitimiert, so ist die erfolgte Mahnung wirkungslos. Diese Ungültigkeit

---

[130]) § 167.
[131]) § 172.
[132]) a. a. O. S. 53.

wird hervorgerufen durch das Unterlassen des Gläubigers der ihm obliegenden Mitwirkung an der Erfüllung der Schuld.[133])

Wenn auch die Ermächtigung zur Mahnung die Vollmacht zur Empfangnahme der Leistung nicht umfaßt,[134]) so enthält umgekehrt die Ermächtigung zur Zahlungsentgegennahme das Recht zu mahnen. Ein Gläubiger, der seine Befriedigung durch einen Vertreter betreibt, ermächtigt hierdurch letzteren, den Schuldner zu mahnen und dadurch in Verzug zu setzen, wenn Zahlung nicht zu erlangen ist.

Ist der Vertreter zur Entgegennahme der Leistung legitimiert, so ist der Schuldner nicht gezwungen, an den Vertreter zu zahlen. Er kann die Verzugsfolgen dadurch abwenden, wenn er sich zwar weigert, die Leistung an den Vertreter zu bewirken, dieselbe aber unverzüglich an den Gläubiger selbst richtet. Denn die Vollmacht bezweckt nur, dem Schuldner die Befugnis zu erteilen, an den Bevollmächtigten zu leisten. Seine Pflicht ist es aber nicht. Müßte er dem Vertreter leisten, so wäre ein Vertrag notwendig und zwar ein Vertrag der Leistung an einen Dritten. Dieser Vertrag ist nicht geschlossen.[135])

Ebenso wie der Gläubiger, hat der Schuldner das Recht, sich eines Vertreters zu bedienen. Besorgt ein Generalbevollmächtigter die Geschäfte des Schuldners, so kann der Gläubiger oder sein Vertreter jenen gültig mahnen. Der Schuldner braucht von dieser Mahnung keine Kenntnis haben, er gerät trotzdem in Verzug, da der Wille des Vertreters für ihn maßgebend ist.[136]) Theoretisch ist auch eine Spezialvollmacht des Schuldners dergestalt denkbar, daß er einen andern zur Entgegennahme einer Mahnungserklärung bevollmächtigt; praktisch dürfte dieser Fall wohl nicht werden.

„Das Verkehrsbedürfnis nötigt zu gestatten, daß auch durch einen nicht ermächtigten Vertreter für einen andern mit recht-

---

[133]) Ebenso Mommsen a. a. O. S. 53; de Claparède a. a. O. S. 131. a. M.: Kniep a. a. O. I, S. 174/75.

[134]) Vgl. auch § 81 Z. P. O.

[135]) Gleicher Ansicht Lent a. a. O. S. 55; Hellwig a. a. O. S. 459, Note 15; a. M.: v. Tuhr in der Festschrift für Laband, S. 71 und 75.

[136]) § 164, bes. Abs. 3; a. M.: v. Madai a. a. O. S. 55.

lichem Erfolg gehandelt werden kann“;[137]) trotzdem bestimmt § 180, Satz 1: „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig.“ Der Grund dieser Bestimmung war „die schuldige Rücksicht auf den Beteiligten, welcher der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts sich nicht entziehen kann und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt würde, welche die bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewißheit notwendig mit sich bringt“.[138]) Aber auch diese Regel hat ihre Ausnahmen. Hat derjenige, welchem gegenüber ein einseitiges Rechtsgeschäft, hier die Mahnung, vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme der Mahnung nicht beanstandet, oder ist er damit einverstanden gewesen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, so hängt die Wirksamkeit der Mahnung für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.[139]) Also entweder muß der Schuldner gewußt haben, daß er von einem falsus procurator gemahnt wird und damit einverstanden sein, oder der Schuldner hat die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei Abgabe der Mahnungserklärung nicht beanstandet. Der Schuldner hat in diesem Falle zwar nicht gewußt, daß der Vertreter ohne Ermächtigung mahnte, doch hat er auf sein Recht verzichtet, sich die Legitimation des falsus procurator zeigen zu lassen.[140])

Die Mahnung ist noch nicht durch die Übermittelung des unbefugten Vertreters perfekt geworden. Ihre Wirksamkeit ist von der Genehmigung des Gläubigers abhängig. Zwar ist es ein Erfordernis der Mahnung, wie an anderer Stelle noch gezeigt wird,[141]) daß sie einen bestimmten Inhalt hat, d. h. das bestimmte Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung enthalten muß. Dieser Grundsatz ist zugunsten des Schuldners aufgestellt; denn er muß aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmt wissen, daß der Gläubiger Zahlung haben, bezw. ihn in Verzug setzen will. In den Fällen des § 180, Satz 2, macht der Schuldner von seinem

---

[137]) Mot. I, S. 240.
[138]) Mot. I, S. 245.
[139]) Vgl. §§ 180, Satz 2 und 177.
[140]) Ebenso Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 340, Note 3.
[141]) Vgl. Kap. „Inhalt der Mahnung“.

guten Recht, eine unbestimmte Mahnung zurückzuweisen, keinen Gebrauch; er nimmt die Mahnung an. Er ist also damit einverstanden, daß der Gläubiger diese noch unbestimmte Mahnung durch seine Genehmigung rechtserheblich macht. Genehmigt der Gläubiger die Mahnung, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme zurück.[142]) Diese Bestimmung ist ganz natürlich. Denn die Mahnung durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht war vollendet, ihre Gültigkeit nur hinausgeschoben. Durch die Genehmigung wird das bis dahin bestehende Hindernis der Gültigkeit beseitigt, als wenn es nie bestanden habe. Die Genehmigung muß also folgerichtig Wirkung ex tunc haben.

Die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Schuldner gegenüber erklärte Mahnung wird somit durch die Genehmigung des Gläubigers von vornherein gültig.

Dieses Ergebnis ist sehr bestritten.

Paech[143]), Kniep[144]), Staudinger[145]), Oertmann[146]) erklären die Mahnung des unbefugten Vertreters trotz des § 180, Satz 2, für unwirksam, „weil bis zur eigenen Willenserklärung des Berechtigten ein unzulässiger Schwebezustand bedingter Verpflichtung geschaffen würde", und dieser Zustand dem Wesen der Mahnung widerspreche. Erst durch die Genehmigung entstehe eine gültige Mahnung. Diese Schriftsteller gehen m. E. zu weit, wenn sie trotz des freiwilligen Verzichtes des Schuldners auf das Recht der Zurückweisung einer bestimmten Mahnung diese für unwirksam halten. Andere Schriftsteller, z. B. de Claparède,[147]) lassen eine Mahnung durch einen nicht bevollmächtigten Vertreter wohl zu, die Genehmigung aber nur konstitutiv wirken. Diese Ansicht wird durch die Bestimmung des § 184, Abs. 1, widerlegt.

Nach § 180, Satz 3, kann die Mahnung gegenüber einem unbefugten Vertreter des Schuldners erklärt und durch die Genehmigung des letzteren mit Wirkung ex tunc gültig werden. Man

---

[142]) § 184, Abs. 1.
[143]) a. a. O. S. 54/55.
[144]) a. a. O. I, S. 217.
[145]) a. a. O. II, S. 135, Bem. I, 2a zu § 284.
[146]) a. a. O. S. 107, Bem. 2bα zu § 284.
[147]) a. a. O. S. 135.

nehme folgenden Fall: Der Gläubiger geht in die Wohnung des Schuldners, um ihn zu mahnen. Er trifft dort nur den Sohn des Schuldners an, dem er die Mahnung erklärt. Der Sohn hat zur Entgegennahme dieser Erklärung keine Vollmacht. Der Gläubiger beanstandet die behauptete Vertretungsmacht nicht oder ist mit der Handlungsweise des Sohnes wissentlich einverstanden. Genehmigt der Schuldner hinterher die Mahnung, so ist sie vom Augenblick ihrer Erklärung durch den Gläubiger an den Sohn ab gültig.

§ 5.

Form der Mahnung.

Bis zu Beginn des vorigen Jahrhunderts herrschte im gemeinen Recht lebhafter Streit darüber, ob die interpellatio ein gerichtlicher Akt sei, oder auch außergerichtlich stattfinden könnte. Selbst Glück[148]) erklärt diese Frage für noch ungelöst, und erst v. Madai[149]) hat sich das Verdienst erworben, kategorisch auf die Unhaltbarkeit dieses Streits hinzuweisen und den Nachweis zu führen, daß die gerichtliche und außergerichtliche Interpellation gleiche Bedeutung haben. Dieser Ansicht haben sich sämtliche späteren Schriftsteller angeschlossen und erklären die Mahnung für formlos.[150])

Das Bürgerliche Gesetzbuch, den Spuren der modernen Kodifikationen folgend, geht von dem Prinzip der Formfreiheit aus. So sagt auch § 284 nichts von einer Formbedürftigkeit der Mahnung. Sie kann somit formlos, mündlich und schriftlich, stillschweigend oder ausdrücklich und in unserm Zeitalter der Technik telephonisch oder telegraphisch erfolgen. Die Form der Mahnung ist völlig in das Belieben des Einzelnen gestellt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß durch besondere Abmachungen der Parteien dem Mahnenden eine ganz bestimmte Form vorge-

---

[148]) a. a. O. IV, S. 406.

[149]) a. a. O. S. 28 ff.

[150]) Eine Ausnahme macht der Code civil, der in art. 1139 bestimmt, daß die Mahnung durch einen Gerichtsvollzieher oder Notar zu erfolgen habe und in art. 1153, daß bei Geldforderungen Klageerhebung stattfinden muß.

schrieben wird. Andererseits berechtigt die völlige Formfreiheit den Gläubiger nicht, sich über jegliche Schranken hinwegzusetzen. Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte, der Grundgedanke unseres Gesetzes, bilden stets die Grenzen, innerhalb deren sich die formlose Mahnung bewegen muß.

Die Formlosigkeit der Mahnung wird ferner durch ihre Rechtsnatur als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft beschränkt. Das bloße Aussprechen des Mahnungswillens genügt nicht, sondern die Mahnung muß derjenigen Person gegenüber geäußert werden, die gemahnt werden soll, und dieser Person muß die Mahnung zugegangen sein. Daher ist eine Mahnung auf dem Wege des Inserats in eine Zeitung, selbst in eine amtliche, wirkungslos; zum Zeitunglesen kann niemand gezwungen werden. Liest der Schuldner zufällig die Mahnungsanzeige, so ist die Mahnung trotzdem nichtig, weil die zufällige Kenntnisnahme kein „Zugehen" im Sinne des § 130 ist.

Mahnt der Gläubiger seinen Schuldner mündlich oder telephonisch, so ist die Mahnung vollendet, wenn dieser sie vernommen hat.

Wird der Schuldner schriftlich gemahnt, so muß dieses Schreiben ihm zugegangen sein, um wirksam zu werden. In vielen Fällen wird sich der Gläubiger der Post bedienen. Übergibt er den Mahnbrief dieser Verkehrsanstalt, so hat er seine Pflicht getan, es ist die Aufgabe der Post, für das Wirksamwerden der Mahnung Sorge zu tragen. Gültigkeit erlangt die Mahnung in dem Augenblick, in welchem ihm von der Post Gelegenheit geboten wird, von dem Inhalt des Mahnbriefs Kenntnis zu nehmen. Ist der Schuldner Mieter eines sog. Postfachs, und der Beamte legt den Mahnbrief um 7 Uhr morgens in dasselbe, der Schuldner holt den Brief aber erst abends ab, so hat die Mahnung seit 7 Uhr Wirksamkeit.[151])

Verweigert der Schuldner die Annahme eines Mahnbriefes, so muß die Mahnung als nicht erfolgt betrachtet werden. Es gibt keine Vorschrift, nach welcher der Adressat eines Schrei-

---

[151]) Über die Empfangstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Zitelmanns modifizierte Vernehmungstheorie (Rechtsgeschäfte, S. 101) ist bereits an anderer Stelle gesprochen worden. Vgl. S. 13 ff.

bens verpflichtet ist, an ihn gerichtete Briefe anzunehmen. Vielleicht weiß der Schuldner gar nicht, daß das von ihm zurückgewiesene Schreiben eine Mahnung enthält; er will den Brief z. B. aus dem Grunde nicht annehmen, weil er wegen nicht genügender Frankatur das Strafporto nicht entrichten mag. Die erlaubte Verweigerung der Annahme könnte leicht zu dolosen Verhinderungen des Zwecks der Mahnung führen. Dieser Gefahr beugt der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 132, Abs. 1, vor, in welchem bestimmt ist, daß das Zugehen der Mahnung mit Hilfe des Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung über Zustellungen erfolgen kann. Mit dieser Zustellung gilt die Mahnung als zugegangen.

Kennt der Gläubiger den Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Schuldners nicht, so kann die Mahnung durch Vermittlung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Schuldner seinen letzten Wohnsitz bezw. Aufenthaltsort hatte, im Wege der öffentlichen Zustellung erfolgen.[152])

Brieflich können nur Bringschulden gemahnt werden. Enthält der Mahnbrief die Aufforderung zur Leistung einer Holschuld, so hat diese Mahnung keine Gültigkeit. In einem solchen Falle ist der Gläubiger gar nicht in der Lage, seiner Pflicht, selbst oder durch einen Bevollmächtigten die Leistung in Empfang zu nehmen, nachzukommen. Enthält aber der Brief, der morgens beim Schuldner eintrifft, die Notiz, ich fordere zur Zahlung der Holschuld auf und werde im Laufe des Tages zur Entgegennahme kommen, so ist die Mahnung gültig.[153])

Wie bereits erwähnt, braucht der Gläubiger den Schuldner nicht ausdrücklich zu mahnen, sondern es genügt eine stillschweigende Mahnung durch konkludente Handlung.[154]) Auf diese Weise können leicht Zweifel entstehen, ob eine Mahnung beabsichtigt ist oder nicht. In solchen Fällen ist es, falls die Gerichte zur Entscheidung angerufen werden, der freien Überzeugung des Richters überlassen, ob im Einzelfalle die Handlungsweise des Gläubigers als Mahnung aufzufassen ist oder nicht. Bei Beur-

---

[152]) § 132, Abs. 2.
[153]) Vgl. oben S. 26.
[154]) R. G. E. Bd. 50, S. 261, ebenso RG. in D. J. Z. 02, S. 273.

teilung dieser Frage muß der Richter den alten Satz des corpus iuris beherzigen: an mora facta intellegatur . . . . magis facti quam iuris,[155]) und die Bedürfnisse und Anschauungen des Verkehrs zur Grundlage seines Erkenntnisses machen.

Das alte Handelsgesetzbuch hatte im Art. 288 ausdrücklich bestimmt, daß die Übersendung einer Rechnung keine Mahnung sein sollte. Die Aufnahme dieser Bestimmung in das geltende Handels- oder Bürgerliche Gesetzbuch fand nicht statt, weil sie überflüssig war. Literatur und Judikatur sind sich darüber einig, daß die Zusendung einer Rechnung nur den Zweck verfolgt, den Schuldner von der Forderung des Gläubigers in Kenntnis zu setzen.[156]) Auch wenn dem Käufer mit der erstandenen Sache die Rechnung zugleich mit ins Haus gesandt wird, ist sie nicht als Mahnung aufzufassen. Natürlich kann von den Parteien die Vereinbarung getroffen sein, daß einmalige Rechnungszusendung mahnt. Zweifelhafter ist es bei wiederholter Rechnungsübersendung. Viele Schriftsteller[157]) nehmen an, daß in diesem Falle eine Mahnung vorliegt. Ist der Gläubiger vielleicht gewöhnt, seinem Schuldner in regelmäßigen Zeitintervallen, z. B. vierteljährlich, Rechnungen zu senden, so sollen sie nur zur Auffrischung des schuldnerischen Gedächtnisses dienen. Zwar läßt es sich nicht verhehlen, daß ein Gläubiger, der bereits längere Zeit Außenstände hat, hofft, durch die mehrfache Rechnungszusendung Befriedigung zu erhalten. Aber eine Mahnung im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor. Enthält die wiederholte Rechnung keine Substantiierung, sondern nur Ausdrücke wie „an Saldo laut Rechnung“ oder „laut übersandter Rechnung“, so ist auch in diesen Worten der Wunsch des Gläubigers enthalten, Befriedigung der Leistung zu erlangen. Eine Mahnung kann aber nicht darin erblickt werden. Der Schuldner muß verlangen,

---

[155]) l. 32 pr. Dig. de usur. 22, 1.

[156]) Hessische Rechtsprechung, Bd. 6, S. 22. Entsch. d. preuß. O. V. G., Bd. 43, S. 195.

[157]) So Planck a. a. O. II, S. 90, Bem. 4a zu § 284; Rehbein a. a. O. II, S. 119 zu § 108; Paech a. a. O. S. 58; Staudinger a. a. O. II, S. 135, Bem. I 2 zu § 284; Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 688; Schollmeyer a. a. O. S. 121, Bem. 2 zu § 284.

daß, wenn er gemahnt wird, dieses unzweideutig geschieht.[158]) Eine quittierte Rechnung enthält eine Mahnung. Die Quittung ist ein Beweis der Zahlung, und soll der Schuldner dieses Beweismittel besitzen, so ist es der bestimmte Wille des Gläubigers, Zahlung zu erhalten.[159]) Ebenso enthält der Postauftrag eine Mahnung. Auf den Eintritt des Zeitpunktes der Mahnungsfolgen hat die siebentägige Lagerfrist des Postauftrages[160]) keinen Einfluß.[161])

Kniep[162]) und Hölder[163]) sind der Ansicht, obgleich für die Mahnung keine besondere Form vorgeschrieben sei, müsse sie eine angemessene sein. „Wenn Sie Lump binnen drei Tagen nicht zahlen, werde ich Sie verklagen", sei keine wirksame Mahnung. Dem ist nicht beizupflichten. Die groben Worte des Gläubigers enthalten einwandfrei eine Mahnung.[164]) Allerdings enthält eine solche Mahnung den Tatbestand einer Beleidigung, und steht es dem Schuldner frei, durch Strafantrag den Gläubiger wegen seiner unqualifizierten Mahnung zur Verantwortung zu ziehen. Man muß aber berücksichtigen, daß im praktischen Leben die Geduld der Gläubiger häufig durch hartnäckige Schuldner auf eine schwere Probe gestellt wird. Darum darf, wenn ein solcher Gläubiger im Unmut die Anstandsmaßregeln außer acht läßt, eine scharfe und beleidigende Mahnung nicht für null und nichtig erklärt werden. Gleichfalls ist eine Mahnung auf offener Postkarte oder vor Zeugen gültig, ohne Rücksicht auf die dadurch etwa begangene Beleidigung.

Fügt der Gläubiger einer Rechnung die Bemerkung bei, „Verzugszinsen werden mit 5 Proz. aufs Jahr berechnet", so erblickt Kniep[165]) in diesem Ausdruck eine Mahnung. Dieser Anschauung trete ich nicht bei, da der Gläubiger durch solche

---

[158]) Ebenso Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 180; de Claparède a. a. O. S. 99.

[159]) Gleicher Ansicht Kniep a. a. O. I, S. 511.

[160]) Vgl. Postordnung f. d. deutsche Reich vom 21. März 1900, § 18, Abs. 9.

[161]) O. L. G. München in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. 05, S. 332.

[162]) a. a. O. I, S. 513.

[163]) Theorie d. Willenserkl., S. 127.

[164]) Ebenso de Claparède a. a. O. S. 100.

[165]) a. a. O. I, S. 511.

Zusätze nur eine schnellere Befriedigung erreichen will, da er voraussetzt, daß der Schuldner in den Worten eine Mahnung erblickt, obgleich er in Wirklichkeit nicht mahnen wollte.

§ 6.
Inhalt und Gegenstand der Mahnung.

Die Mahnung äußert lediglich den Willen des Gläubigers. Der Schuldner ist nur der passive, leidende Teil, dessen einziger Anspruch dahin geht, daß der Wille des Gläubigers ihm zugehen muß. Bei einer derartig ungleichmäßigen Verteilung der Machtverhältnisse muß die Mahnung so beschaffen sein, daß dem Schuldner kein Zweifel über ihren Inhalt bleibt. Sie muß den Willen des Gläubigers präzise zum Ausdruck bringen.

Zunächst ist es die Pflicht des Gläubigers, das bestimmte Verlangen nach Leistung in der Mahnung erkennen zu lassen. Im geschäftlichen Leben geschieht es häufig, daß ein rücksichtsvoller Gläubiger sich scheut, seinen Schuldner in energischer, unverkennbarer Form zu mahnen, vielleicht aus Furcht, ihn dadurch als Kunden zu verlieren. Eine solch angedeutete Mahnung kann in der Praxis ihre gewollte Wirkung haben, juristisch ist sie belanglos. Würden solch zarte Winke rechtlich beachtet, so wäre Rechtsunsicherheit die unvermeidliche Folge. Eine Mahnung mit Verzugswirkung liegt daher nicht vor, wenn der Gläubiger schreibt: „Wir wären Ihnen sehr dankbar, wenn Sie uns über die Ihnen verkaufte Ware Disposition erteilen wollten; für Ihr freundliches Entgegenkommen sagen wir Ihnen im voraus Dank.“ [166]) Inhaltlich genügt aber der Gläubiger seiner Pflicht, wenn er den Schuldner von der Obligation benachrichtigt „mit der Bitte, wegen Erstattung des Wertes das Weitere zu veranlassen“.[167]) Die höfliche Form enthält das bestimmte Verlangen nach Befriedigung. Ob eine Zahlungsaufforderung ohne Zusendung einer Rechnung eine wirksame Mahnung enthält, ist quaestio facti.[168])

---

[166]) Hessische Rechtspr., Bd. 5, S. 27 im „Recht“ 04, S. 528, No. 2208. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 28, No. 19. Vgl. ferner voriges Kap. „Form der Mahnung“.

[167]) Entsch. d. preuß. O. V. G., Bd. 43, S. 195.

[168]) Das „Recht“ 08, S. 81, Ziffer 467.

Außer dem bestimmten Willen auf Zahlung muß die Mahnung die bestimmte Angabe der Forderung enthalten. Hat der Gläubiger nur eine Leistung zu verlangen, so mahnt er den Schuldner, diese zu bezahlen. Es ist nicht erforderlich, diese Forderung näher zu beschreiben, da der Schuldner weiß und wissen muß, um welche Schuld es sich handelt. Mahnt also der Gläubiger, „zahle deine Schuld", so ist die Mahnung wirksam.[169]) Eine einheitliche Forderung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger außer der eigentlichen Schuld Nebenleistungen, wie Zinsen und Kosten, beanspruchen kann; letztere sind als Akzessorien der Forderung anzusehen, die mit der Mahnung geltend gemacht werden.[170]) Stehen dem Gläubiger mehrere fällige und selbständige Forderungen zu, und will er nur eine oder mehrere von ihnen bezahlt haben, so muß er die Mahnung substantiieren. Unterläßt er dieses, so weiß der Schuldner nicht mit Bestimmtheit, was von ihm verlangt wird. Eine solche Mahnung wäre nichtig. Mahnt der Gläubiger auf Zahlung sämtlicher ihm zustehenden Forderungen, so liegt eine sog. Mahnungshäufung vor, d. h. eine Mahnung, die so viel Sondermahnungen enthält, wie Forderungen bestehen. Bei einer solchen Gesamtmahnung ist Spezifikation zwar praktisch geboten, jedoch nicht erforderlich. Ist nämlich eine in der Gesamtmahnung enthaltene Einzelmahnung wegen Andersforderung nichtig,[171]) so werden hierdurch die anderen Mahnungen nicht berührt.

Des weiteren muß eine Mahnung genau auf den Gegenstand der Obligation lauten. Mahnt der Gläubiger den anwesenden Schuldner, so wird ein Zwiespalt zwischen Mahnungs- und Forderungsinhalt leicht aufgeklärt werden können. Schwieriger ist es, wenn dieser Zwiespalt durch einen Dritten, z. B. durch die Post oder einen Boten hervorgerufen wird. Ein treffendes Beispiel stellt Kniep[172]) auf: „Ein Rostocker will an seinen Berliner Bankier wegen „Schlesischer Zinkaktien" telegraphieren. Der Rostocker Telegraphist verwandelt die „Zinkaktien" in

---

[169]) Ebenso bereits Mommsen a. a. O. S. 42; Sächsisches BGB., § 734, Satz 2.

[170]) Gleicher Ansicht Paech a. a. O. S. 61.

[171]) Vgl. unten S. 39 ff.

[172]) a. a. O. I, S. 534.

„Zankaktien", und der Berliner Telegraphist macht aus den „Zankaktien" „Bankaktien"." Mit Recht erklärt Kniep diese Mahnung für ungültig. Möglich ist es ja, daß der Bankier die gemachten Fehler ahnt. Es ist aber nicht seine Pflicht, dem Ursprung der Entstellung nachzuforschen, um die Richtigkeit des Mahnungsinhalts klarzulegen. Etwas anderes ist es freilich, wenn der Schuldner den wahren Willen des Gläubigers trotz irrtümlich unrichtiger Mahnung erkennen muß. A. hat dem B. Faust I. Teil geliehen; er verlangt von ihm Faust II. Teil zurück. Hier muß B. das entliehene Buch herausgeben, da der Irrtum des A. unverkennbar ist und B. wider Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er auf Grund des unrichtigen Mahnungsinhalts dem Willen des A. nicht stattgebe.

Der Mahnungsinhalt und der Forderungsgegenstand können auch in der Weise divergieren, daß der Gläubiger mehr verlangt, als ihm in Wirklichkeit zusteht. Allgemein abgelehnt ist die Ansicht Mommsens,[173]) der ohne Begründung den Grundsatz aufstellt, eine Mahnung, die eine Mehrforderung enthalte, sei auch für den wirklich geschuldeten Betrag nichtig. Auch Endemann[174]), der früher dieser Ansicht war, hat sie jetzt dahin abgeändert, daß ein allgemeiner Grundsatz sich nicht aufstellen lasse.[175]) Windscheid-Kipp[176]) führt aus, daß der Schuldner bei einer pluspetitio seitens des Gläubigers nur dann in Verzug gerate, wenn dieser auf eine Gegenvorstellung des Schuldners seine Forderung auf das richtige Maß herabsetze, und dann der Schuldner nicht leiste. Die Folge dieser Annahme ist, daß der Schuldner auf eine Mahnung, die auch nur eine geringe Mehrforderung enthält, nicht zu reagieren braucht, ohne den Verzugsfolgen ausgesetzt zu sein. Diesem Ergebnis will Windscheid-Kipp dadurch entgehen, daß er sagt, „solche Gegenvorstellungen zu erheben, wird allerdings der Schuldner verpflichtet sein." Angenommen, aber nicht zugegeben, daß dieses Pflicht des Schuldners sei, so würde durch seine Maßnahme eine

---

[173]) a. a. O. S. 41.
[174]) a. a. O S. 614, Note 7 (Auflage 1900).
[175]) a. a. O. S. 778, Note 8 (Aufl. 1903).
[176]) a. a. O. II, S. 144.

große Verzögerung und Erschwerung des Rechtsverkehrs hervorgerufen.[177])

Knieps[178]) Ansicht, daß die eine Mehrforderung enthaltene Mahnung stets in bezug auf den wirklich geschuldeten Betrag gültig sei, ist wohl zweckentsprechend; doch läßt sich dieser Grundsatz nicht immer aufrecht erhalten. Die Frage, ob die auf eine pluspetitio lautende Mahnung gültig oder nichtig ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Drei Hauptunterschiede der Mehrforderung lassen sich unterscheiden, sie ist a) ganz unbedeutend, b) zwar größer, aber doch erkennbar, und c) sehr groß.

Fordert der Gläubiger mehr als ihm zusteht, es irrt sich z. B. ein Schneider, der seinen Schuldner für einen gelieferten Anzug auf Zahlung von 72 Mk. anstatt 70 Mk. mahnt, so ist die Mahnung ohne Zweifel gültig. Der Schuldner muß annehmen, daß seitens des Schneiders ein Irrtum vorliegt, und würde chikanös handeln und daher in Verzug geraten, wollte er auf Grund des unrichtigen Mahnungsinhalts die geschuldeten 70 Mk. nicht anbieten. In den meisten Fällen wird durch die Leistung der wirklichen Schuld der Gläubiger auf seinen Irrtum aufmerksam gemacht und befriedigt sein.

Ist die Divergenz zwischen der gemahnten und der wirklichen Schuld größer als im eben erörterten Fall, aber doch nicht so groß, daß der Schuldner nicht deutlich erblicken könnte, welche Forderung erfüllt werden soll, so hat der Schuldner das anzubieten, was er in Wirklichkeit schuldet.[179]) Lehnt der Gläubiger die Leistung in dem Glauben ab, der Schuldner sei gemäß § 266 zu Teilleistungen nicht berechtigt, so ist allerdings die Mahnung wirkungslos. Geht aus ihr hervor, daß der Gläubiger eine geringere als die vermeintlich geschuldete Leistung nicht annehmen will, so ist der Schuldner zur Leistung nicht ver-

---

[177]) Gleicher Ansicht Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 181.
[178]) a. a. O. I, S. 553.
[179]) Seuff. Arch., Bd. 13, No. 12, Bd. 14, No. 275, Bd. 31, No. 125, Bd. 32, No. 309; R. O. H. G., Bd. 9, S. 271, Bd. 16, S. 200, Bd. 18, S. 276, S. 320; ERG., Bd. 9, S. 141, Bd. 14, S. 108; „Das Recht“ 03, S. 209, No. 1112, 04, S. 528, No. 2208.

pflichtet, ohne Verzugsfolgen zu erleiden, weil die Mahnung nichtig ist.[180])

Hat der Schuldner den wirklich geschuldeten Betrag gezahlt, so kann er ein negatives Schulderkenntnis entgegen der Ansicht de Claparèdes[181]) nicht verlangen. Der Gläubiger ist ja in dem Glauben, die vom Schuldner angebotene Leistung sei nur eine Teilleistung. Er kann daher ihn außergerichtlich nicht zur Abschließung des Vertrages zwingen anzuerkennen, daß das Schuldverhältnis nicht mehr bestehe.[182])

Liegt hingegen keine Mehrforderung vor, sondern nimmt sie der Schuldner zu unrecht an, und bietet er dementsprechend dem Gläubiger eine geringere Leistung an, so kann dieser sie auf Grund des § 266 zurückweisen. Die Mahnung wirkt verzugsbegründend, und zwar auf die ganze Leistung. Baron[183]) und mit ihm Bettmann[184]) vertreten die Ansicht, daß der Gläubiger zur Annahme einer Teilzahlung verpflichtet sei, „wenn der Schuldner nur einen Teil anerkennt und zu leisten bereit ist". Auf ähnlichem Standpunkt scheint Kniep[185]) zu stehen. Dieser Auffassung steht der Grundsatz, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist, entgegen, ein Satz, der auch bereits im bisherigen Recht Geltung hatte.[186]) [187])

Ist der Unterschied der Mehrforderung und der wirklich geschuldeten Leistung ein so großer, daß der Schuldner sich über die Forderung im Unklaren ist, so hat die Mahnung keine Wirkung.[188])

Fordert der Gläubiger vom Schuldner, die Leistung an einem vom Erfüllungsorte verschiedenen Orte zu bewirken, so ist die Mahnung nichtig. Ein derartiges Verlangen steht dem Gläubiger nicht zu. Diese Entscheidung ist aber nicht absolut.

---

[180]) R. O. H. G., Bd. 21, S. 133/34.
[181]) a. a. O. S. 113.
[182]) § 397, Abs. 2.
[183]) a. a. O. S. 395.
[184]) a. a. O. S. 31.
[185]) a. a. O. I, S. 541 ff.
[186]) l. 41, 1 Dig. de usur. 22, 1. Vgl. Kniep a. a. O. I, S. 534. ALR. I, 16, 57.
[187]) Ähnlich wie hier de Claparède a. a. O. S. 113 u. Note 2.
[188]) Vgl. die S. 40, Note 179 aufgezählte Judikatur.

Unterscheiden sich der Erfüllungs- und der vom Gläubiger bestimmte Leistungsort geographisch oder postalisch so wenig voneinander, daß der Schuldner bei verantwortlicher Nichtbefolgung der Mahnung wider Treu und Glauben verstoßen würde, so treffen ihn die Verzugsfolgen. Der Erfüllungsort ist z. B. Berlin. Der Gläubiger verzieht nach Rixdorf und mahnt seinen Schuldner, dorthin zu leisten; diese Mahnung ist ohne Zweifel wirksam.

Ist der Gegenstand der Obligation eine Wahlschuld, bei welcher dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, und verlangt der Gläubiger eine von ihm gewählte Leistung, so enthält die Mahnung bewußt eine Mehrforderung. Trotzdem ist sie gültig. Der Gläubiger will nur seinen Willen, Leistung zu erhalten, dem Schuldner kundgeben. Letzterem steht nichtsdestoweniger das Wahlrecht zu, und er kann eine andere von ihm gewählte Leistung bewirken, vorausgesetzt, daß auch sie in obligatione ist. Weigert der Gläubiger sich aber, diese Leistung anzunehmen, so maßt er sich ein ihm nicht zustehendes Recht an, und seine Mahnung ist unwirksam.[189])

Die Mahnung, die nicht auf die ganze Forderung, sondern absichtlich nur auf einen bestimmt angegebenen Teilbetrag gerichtet ist, ist bezüglich dieses Teilbetrages gültig. Mahnt A. den unsicheren Schuldner B., der ihm 1000 Mk. zu leisten hat, wegen 200 Mk., weil er annimmt, daß B. die ganze Schuld zu tilgen nicht imstande ist, und hofft, wenigstens diese 200 Mk. zu erhalten, so gerät B. bei schuldhafter Nichtleistung hinsichtlich der gemahnten Summe in Verzug. In der Teilmahnung läßt sich ein Schuldabänderungsvertrag im Sinne des § 305 nicht erblicken. Dem Gläubiger steht das Recht zu, seine Forderung nur teilweise zu verlangen.[190]) Wenn auch § 266 bestimmt: „Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt", so darf diese Vorschrift nicht dahin ausgelegt werden, daß umgekehrt eine teilweise Geltendmachung der Forderung nicht zulässig ist. Wenn de Clapar è de[191]) meint, in der Teilmahnung könne „augenscheinlich ein gleichzeitiger Erlaß des Restbetrages" liegen, so ist diese An-

---

[189]) Ebenso Bettmann a. a. O. S. 29, auf den sich auch de Claparède beruft, a. a. O. S. 111 u. Note 2.

[190]) Siehe z. B. §§ 1150 ff.

[191]) a. a. O. S. 115.

nahme nicht einwandfrei. Mag auch der Gläubiger den Restbetrag für verloren ansehen, ein Erlaß liegt trotzdem nicht vor. Wäre es der Fall, so wäre die Teilmahnung als solche vollkommen wirkungslos, weil ein Erlaß nach § 397 stets einen Vertrag voraussetzt, und bei schuldhafter Nichtleistung des Schuldners eine Annahme der Erlaßvertragsofferte nicht zu erblicken ist.[192])

Es ist aber auch möglich, daß der Gläubiger irrtümlicherweise weniger fordert, als er berechtigt ist. In einem solchen Falle ist die Mahnung nicht nur bezüglich des minus, sondern in Hinsicht auf die ganze Forderung gültig, wenn der Schuldner erkennt und erkennen muß, daß ein Irrtum des Gläubigers vorliegt. Mahnt mich der Gläubiger zur Zahlung der schuldigen 200 Mk., ich weiß aber, der Gläubiger hat 220 Mk. zu verlangen, so muß ich ihm 220 Mk. anbieten, um dem Verzug zu entgehen. Zahlte ich nur die gemahnten 200 Mk., so würde ich wider Treu und Glauben verstoßen. Die Ansicht mancher Schriftsteller,[193]) daß eine Mahnung, die auf ein minus gerichtet ist, nur auf das Geforderte wirkt, ist zu eng.

Eine Mahnung, die eine Zuvielforderung enthält, schadet dann nichts, wenn anzunehmen ist, daß sie auch dann erfolglos gewesen wäre, wenn sie den richtigen Betrag enthalten hätte.[194]) Dieser Grundsatz ist m. E. nicht allein auf eine pluspetitio bezüglich des Betrages zu beschränken, sondern auch auf eine Mahnung, die einen andern wie den gesetzlichen oder vertraglichen Erfüllungsort benennt, oder die auf einen andern wie den geschuldeten Gegenstand lautet, auszudehnen. Denn aus all diesen Mahnungen, die unter anderen normalen Umständen nichtig wären, ersieht der Schuldner das Verlangen des Gläubigers, die ihm zukommende Befriedigung zu erhalten.[195]) Eine Mahnung vor Fälligkeit der Leistung bleibt aber auch in diesem Falle

---

[192]) § 151.

[193]) Mommsen a. a. O. S. 41; Planck a. a. O. II, S. 91, Bem. 4c zu § 284; Staub a. a. O. S. 1490. Exkurs zu § 374, Bem. 15; Schollmeyer a. a. O. S. 122, Bem. 2 zu § 284.

[194]) Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 689; Oertmann a. a. O. S. 107, Bem. b zu § 284; Paech a. a. O. S. 64; a. M.: Krichauff a. a. O. S. 24. — Vgl. ferner die S. 40, Note 179 zitierte Judikatur, sowie ROHG., Bd. 21, S. 133.

[195]) Ähnlich Staub a. a. O. S. 1490; Exkurs zu § 374, Bem. 15.

nichtig.[196]) Eine Mahnung, die eine Andersforderung enthält, ist auch dann vollwirksam, wenn der Schuldner vorher erklärt hat, er werde seiner Verpflichtung nicht nachkommen, selbst wenn die Mahnung auf den wirklich geschuldeten Betrag lautet.

Bis jetzt war nur von der Mahnung bei einseitigen Forderungen die Rede. Im folgenden soll untersucht werden, welchen Inhalt die Mahnung haben muß, wenn dem Schuldner ein Gegenrecht zusteht.

Unter diesen Obligationen nehmen die Forderungen aus gegenseitigen Verträgen einen besonderen Platz ein. Die beiderseitigen Rechte aus einem solchen Vertrage entspringen ein und derselben Quelle. Ein gemeinsames Band schlingt sich um die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Die Paziszenten verfolgen die Absicht, für die von ihnen zu bewirkende Leistung eine Gegenleistung zu empfangen.[197])

Ob aber die Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Rechte so weit geht, daß der eine Teil nur leisten kann, wenn er gleichzeitig seinem Widerpart die Gegenleistung anbietet oder nicht, darüber bestand Streit im gemeinen Recht.

Während einige Schriftsteller[198]) annahmen, daß jeder Kontrahent seine Leistung nur bei Bewirken der Gegenleistung verlangen konnte, vertrat die herrschende Meinung den Standpunkt, daß jede Forderung aus gegenseitigen Verträgen in zeitlicher Beziehung vollkommen unabhängig war und ohne Rücksicht auf die Gegenforderung selbständig gefordert werden konnte.[199]) Diese Ansicht war m. E. die richtige, da sie ihre Stütze in den Quellen hatte, wo demjenigen die exceptio non adimpleti contractus zustand, der zur Leistung ohne Anbietung der Gegenleistung aufgefordert wurde.[200]) Es stand dem Inanspruchgenommenen nur eine Einrede zu, deren Vorbringen lediglich von seinem freien Willen abhing. Brachte er sie vor, so mußte

---

[196]) Vgl. unten Kap. „Zeit der Mahnung".

[197]) R. G. E., Bd. 65, S. 47, Bd. 66, S. 425.

[198]) So Keller a. a. O. Bd. 4, No. 11, S. 338; Mommsen a. a. O. S. 348; Liebe a. a. O. S. 248.

[199]) Puchta in Bekkers Jahrb., Bd. 5, S. 94 ff.; Bekker das. S. 116 ff.; Bechmann a. a. O. S. 568.

[200]) l. 5 Dig. de doli mali 44, 4; l. 25 Dig. de act. emti venditi 19, 1.

der Gegner sein Recht achten und die ihm zustehende Leistung anbieten. Machte er von ihr keinen Gebrauch, so wurde sein Gegenrecht nicht berücksichtigt, und er mußte leisten, ohne seine Gegenforderung zu erhalten.[201])

Während in einzelnen neueren Kodifikationen auf Grund besonderer Vorschriften jeder Kontrahent seine Leistung nur Zug um Zug fordern konnte,[202]) ist das Bürgerliche Gesetzbuch dem gemeinen Recht gefolgt. Trotz der Zusammengehörigkeit der Rechte aus einem gegenseitigen Vertrag kann jede Leistung unabhängig von der Gegenleistung gefordert werden. Dieser Grundsatz wurzelt im § 320, der bestimmt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern." Also er kann sie verweigern, braucht es aber nicht. Ebenso hat die gemeinrechtliche exceptio non adimpleti contractus im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden.[203]) [204]) Trotz der Bestimmungen der §§ 320 ff. nehmen auch heute noch verschiedene Schriftsteller [205]) an, daß Leistung nur gegen Anbietung der Gegenverbindlichkeit verlangt werden kann.

Das gewonnene Resultat auf die Mahnung angewandt, ergibt, daß der Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag mahnen kann, ohne dem Schuldner die Gegenleistung anzubieten. Dieses Ergebnis ist nicht etwa eine rein juristische Folge, sondern auch das praktische Wirtschaftsleben verlangt eine solche Ansicht. Man nehme an, der Schuldner hat beim Gläubiger Möbel bestellt. Der Gläubiger mahnt auf Zahlung, weil ihm der Käufer nicht kreditwürdig erscheint. Wenn der Gläubiger nur unter Anbietung der Gegenforderung, hier der Möbel,

---

[201]) Vgl. hierüber Enneccerus-Jaeger, S. 640 ff.

[202]) A. L. R. I, 5, 271; Sächsisches BGB., § 859.

[203]) § 322.

[204]) Regelsberger in Jherings Jahrb., Bd. 40, S. 249 ff.; Planck a. a. O. II, S. 136, Bem. 1 zu § 320; Staudinger a. a. O. II, S. 183, Bem. 2 zu § 320; Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 238/39; Oertmann a. a. O. S. 150, Bem. 1 zu § 320; Matthiass a. a. O. S. 387/88; Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 641; Schollmeyer a. a. O. S. 186, Vorbem. zu § 320 u. S. 193, Bem. 1 zu § 322; de Claparède a. a. O. S. 117.

[205]) Rehbein a. a. O. S. 174, Bem. 2; Cosack a. a. O. S. 318.

mahnen könnte, so müßte er sie dem Schuldner bei der Mahnung liefern, obgleich er weiß, daß der Schuldner augenblicklich gar keinen Platz zur Unterbringung der Möbel hat.

Die Mahnung wird jedoch gegenstandslos, wenn der Schuldner sein Recht geltend macht, verlangt, daß er nur gegen Bewirkung der Gegenleistung erfülle, und der Gläubiger die Gegenleistung nicht anbietet. Dieser gerät sogar in Gläubigerverzug (§ 298).[206])

Entgegen Dernburg-Engelmann[207]) und Hünnebeck[208]) nehme ich mit Planck[209]) an, daß die Mahnung auch dann Wirksamkeit hat, wenn der Gläubiger gar nicht in der Lage ist, seiner Verbindlichkeit nachzukommen. Bringt der Schuldner die Leistungsunfähigkeit des Gläubigers nicht vor, so entgeht er nicht den Verzugsfolgen, wenn er die Leistung schuldhafterweise nicht bewirkt. Leistungsfähigkeit des Gläubigers gehört nicht zum Inhalt der Mahnung.

Wenn Rehbein[210]) und Cosack[211]) ebenso wie Mommsen[212]) zu dem Ergebnis kommen, die Mahnung sei unwirksam, wenn der Gläubiger nicht gleichzeitig die Gegenleistung anbietet, so ist das eben die Folge ihrer unrichtigen Annahme von der Natur der gegenseitigen Verträge.

Matthiass,[213]) Endemann[214]) und Staub[215]) erklären eine Mahnung beim gegenseitigen Vertrag nur dann für wirksam, wenn die Gegenleistung gleichzeitig angeboten wird,

---

[206]) Gleicher Ansicht u. a.: Planck a. a. O. II, Bem. 4 d zu § 284, S. 91; Staudinger a. a. O. II, S. 136, Bem. 2 b α zu § 284; Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 181; Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 689; Oertmann a. a. O. S. 108, Bem. 2 i zu § 284; Schollmeyer a. a. O. S. 124, Bem. 1 a zu § 285; Kniep a. a. O. I, S. 550; de Claparède a. a. O. S. 117; Paech a. a. O. S. 64. — OLG., Bd. 10, S. 172.

[207]) a. a. O. S. 179.

[208]) a. a. O. S. 35.

[209]) a. a. O. II, S. 91, Bem. 4 d zu § 284.

[210]) a. a. O. II, S. 120, Bem. 109.

[211]) a. a. O. S. 364.

[212]) a. a. O. S. 41.

[213]) a. a. O. S. 359.

[214]) a. a. O. S. 777, Note 3 u. S. 778, Note 8.

[215]) a. a. O. S. 1490/91; Exkurs zu § 374, Bem. 15.

oder der Schuldner sich hinsichtlich der Gegenleistung in Annahmeverzug befindet. Diese Auffassung entspricht der Anschauung dieser Schriftsteller von dem Wesen der Fälligkeit. Fälligkeit einer Forderung sei nur dann möglich, wenn letzterer keine Einrede entgegenstehe. Die Fälligkeit bei Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen sei nur davon abhängig, daß der Schuldner bezüglich der Gegenleistung in Annahmeverzug geraten sei. Ein tieferes Eingehen auf das Wesen der Fälligkeit würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Zur Widerlegung seien nur einige Beispiele vorgebracht, die zeigen, welch sonderbare Folgen die von den genannten Juristen vertretene Ansicht zeitigt. Klagt der Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag auf die ihm geschuldete Leistung, so weiß er nicht, ob der Schuldner im Laufe des Prozesses die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend macht. Der klägerische Anspruch ist aber, weil ihm eine Einrede entgegensteht, noch nicht fällig. Die Klage ist also auf eine künftige Leistung gerichtet, die in diesem Falle nach der Zivilprozeßordnung nicht angestrengt werden kann, es sei denn, daß die Ausnahme des § 259 ZPO. Platz greift. Erhebt der Schuldner die Einrede nicht, so wird der Richter trotz der noch nicht fälligen Leistung ihn zu sofortiger Zahlung verurteilen müssen.

Oder es ist der Schuldner im Prozesse, in welchem der Gläubiger die gleiche Klage erhoben hat, nicht erschienen, und es ergeht gegen ihn antragsgemäß ein Versäumnisurteil. Der Richter muß den Schuldner zu sofortiger Leistung verurteilen, auch wenn der Gläubiger ausdrücklich hervorhebt, daß seinem Gegner die Einrede des nichterfüllten Vertrags zusteht, der klägerische Anspruch somit noch nicht fällig ist.[216]) Aus diesen unvermeidlichen Konsequenzen ist ersichtlich, daß die Fälligkeit einer Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeit trotz der noch ausstehenden Gegenverbindlichkeit zu der Zeit eintritt, wo die Erfüllung des Vertrags vertraglich vorgesehen ist.[217]) Die Mahnung kann also ohne Angebot der Gegenleistung und ohne Annahmeverzug des Schuldners erfolgen.

---

[216]) Ebenso Paech a. a. O. S. 32.
[217]) Vgl. RGE., Bd. 50, S. 259.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch das Moment, daß viele Schriftsteller, welche die hier bekämpfte Ansicht von dem Wesen der Fälligkeit vertreten, trotzdem die Mahnung für unabhängig von der Gegenleistung erklären.[218])

Ist dagegen der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet und mahnt er den Schuldner, ohne seiner Verpflichtung nachgekommen zu sein, so ist die Mahnung ungültig, weil die Forderung noch nicht fällig ist.

Steht dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zu, so ist die Mahnung des Gläubigers wirksam, auch wenn er die ihm obliegende Leistung nicht anbietet. § 273 trifft nämlich die gleiche Bestimmung wie § 320. Muß der Gläubiger Kaution stellen, so kann er ohne Anbietung derselben gültig mahnen. Es ist Sache des Schuldners zu verlangen, daß er nur gegen Sicherheitsleistung zu bewirken braucht.[219]) Hat der Schuldner kompensable Forderungen gegen den Gläubiger, so kann dieser sie bei der Mahnung unberücksichtigt lassen. Der Gläubiger weiß vielleicht gar nicht, daß dem Schuldner eine zur Aufrechnung geeignete Forderung zusteht. Weiß er es aber, so ist es ihm doch unmöglich, diese bei der Mahnung zu beachten, weil die Aufrechnung in das freie Belieben des Schuldners gestellt ist, und § 388 bestimmt: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil." Hat der Gläubiger auf Verlangen des Schuldners eine Quittung auszustellen oder einen Schuldschein zurückzugeben, so sind diese Leistungen bei der Mahnung noch nicht zu bewirken. Erst wenn der Schuldner diese Tätigkeiten bei der Erfüllung beansprucht, ist der Gläubiger hierzu verpflichtet.[220]) Mahnt der Gläubiger auf Grund eines Präsentationspapiers, so ist er auch in diesem Falle nicht verpflichtet, das Papier vorzulegen. Mahnung und Präsentation zur Zahlung sind nicht identisch. Trifft der Wechselgläubiger A. zufällig den Wechselschuldner B. am Tage der Fälligkeit, und mahnt A.

---

[218]) So Planck a. a. O. Bd. 2, S. 90, Bem. 3 zu § 284; Schollmeyer a. a. O. S. 121, Bem. 1 zu § 284; Staudinger a. a. O. II, S. 135, Bem. I 1 zu § 284; Oertmann a. a. O. S. 106, Bem. 1 zu § 284.

[219]) a. M. Mommsen a. a. O. S. 41.

[220]) §§ 368, 371; a. M.: Matthiass a. a. O. S. 359; Mommsen a. a. O. S. 41.

den B., so ist nicht anzunehmen, daß er sofort die Zahlung in Empfang nehmen will, da er sonst voraussichtlich in das Geschäftslokal des B. gegangen wäre. Allerdings kann B. bereits bei der Mahnung die Präsentation des Wechsels verlangen. Kommt A. diesem Wunsch nicht nach, so ist die Mahnung nichtig. Verlangt B. hingegen die Präsentation nicht, so ist die Mahnung wirksam auch ohne Vorlegung des Wechsels. Die herrschende Ansicht, die die Vorlegung eines Präsentationspapiers bei der Mahnung für obligatorisch erklärt,[221]) ist m. E. zu eng.

Nach dem Ausgeführten läßt sich der Grundsatz aufstellen: Steht dem Schuldner eine Gegenforderung zu, so braucht der Gläubiger sie bei der Mahnung nicht aus freien Stücken berücksichtigen.

An anderer Stelle[222]) ist bereits erwähnt worden, daß die Mahnung erkennen lassen muß, wann der Gläubiger Befriedigung verlangt. Der Schuldner muß erkennen, wann er zu leisten hat, wann ihn bei schuldhafter Nichtleistung die Verzugsfolgen treffen. Eine Mahnung, die dieses Erfordernis nicht erfüllt, ist unwirksam. Die Mahnung muß enthalten, daß der Gläubiger unverzügliche Leistung verlangt. Andere Schriftsteller[223]) fordern sogar sofortige Leistung, billigen dem Schuldner aber das gemeinrechtliche modicum tempus[224]) zur Bewirkung der Schuld zu. Wenn auch beide Ansichten dasselbe Ziel erreichen, so muß doch die Sprechweise des Gesetzbuchs berücksichtigt werden. Nicht umsonst hat der Gesetzgeber die beiden Ausdrücke „unverzüglich", d. h. „ohne schuldhaftes Zögern"[225]) und „sofort", d. h. „auf der Stelle" eingeführt. Die Ausdrucksweise der Gewährung eines modicum tempus ist heute überflüssig geworden.

Verlangt der Gläubiger in der Mahnung nicht unverzügliche Leistung, sondern Zahlung der Schuld zu einem späteren Termin,

---

[221]) U. a. de Claparède a. a. O. S. 119; Bettmann a. a. O. S. 33.

[222]) Vgl. oben S. 1 ff.

[223]) Planck a. a. O. II, S. 90, Bem. 4a zu § 284; Schollmeyer a. a. O., Bem. 2 zu § 284; Staudinger a. a. O. II, S. 136, Bem. 2bγ zu § 284; Paech a. a. O. S. 57.

[224]) l. 105 Dig. de sol. 46, 3.

[225]) Vgl. § 121.

so ist sie als solche wirkungslos. Auch Schollmeyer[226]) erkennt dieses an, aber aus dem Grunde, weil das Gesetz die Mahnung erst nach Eintritt der Fälligkeit der Schuld für zulässig erklärt. Dieser Schluß läßt sich m. E. nicht aus der Vorschrift des § 284 ziehen.

Das bestehende Schuldverhältnis erfährt durch die Verwandlung der bisher unbefristeten Forderung in eine befristete eine Änderung seines Inhalts. Das ist durch einseitige Bestimmung des Gläubigers gemäß § 305 nicht möglich. Hünnebeck[227]) meint zwar: „Die befristete Mahnung entspricht der Verkehrsanschauung und eine solche Mahnung für unwirksam zu erklären, hieße die Verkehrssicherheit untergraben . . . .“ Gewiß, derartige Mahnungen sind als solche nichtig, die Verkehrssicherheit wird aber deshalb noch nicht untergraben. Aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkte hat die Willenserklärung des Gläubigers die gleiche Wirkung, als wenn sie eine Mahnung enthielte. Sagt der Gläubiger, ich mahne dich, mir deine Schuld heute in vier Wochen zu zahlen, so ist das nichts anderes, wie eine Stundungsofferte.[228]) Die Fälligkeit der Forderung ist nicht auf diese Zeit hinausgeschoben worden, nur ihre Geltendmachung, vorausgesetzt, daß der Schuldner die Stundungsofferte annimmt. Zahlt der Schuldner nicht, so hat er die Offerte des Gläubigers stillschweigend angenommen und die Forderung kann erst wieder in vier Wochen gemahnt werden. Nimmt der Schuldner das Stundungsangebot nicht an, zahlt er aber trotzdem nicht, so ist die Offerte nicht mehr existent, und der Gläubiger kann die Leistung neu mahnen. Eine allgemein nicht gebilligte Ansicht über die befristete Mahnung vertrat Planck in seiner früheren Auflage,[229]) indem er sagte, eine befristete Mahnung verwandele die Forderung in eine auf einen bestimmten Kalendertag geschuldete.[230]) Diese Anschauung hat er jetzt aus dem Grunde fallen lassen, weil der Gläubiger ein-

---

[226]) a. a. O. S. 122, Bem. 2 zu § 284.

[227]) a. a. O. S. 28; ähnlich auch de Claparède a. a. O. S. 122.

[228]) Gleicher Ansicht Paech a. a. O. S. 59; ähnlich auch Windscheid-Kipp a. a. O. II, S. 144.

[229]) a. a. O. (1900) S. 60, Bem. 4f zu § 284.

[230]) Vgl. § 284, Abs. 2.

seitig eine solche Änderung des Obligationsinhalts nicht vornehmen könne.[231]) Um nicht gegen die kategorische Bestimmung des § 305 zu verstoßen, reformiert Planck seine frühere Ansicht in der Weise, daß er sagt: „. . . aber der dem § 284, Abs. 2 zu grunde liegende Gedanke läßt erkennen, daß dem Gläubiger das Recht zustehen muß, die Mahnung derart zu beschränken, daß ihre Wirkung nicht sofort, sondern erst nach einem nach dem Kalender bestimmten späteren Termin eintritt.“ Im Grunde genommen bleibt also Planck bei seiner früheren Meinung. Geht der Schuldner auf diese Mahnung ein, so erreicht Planck allerdings das gleiche Ziel wie die hier verfochtene Ansicht. Die nachteiligen Folgen seiner Auffassung für den Gläubiger zeigen sich aber deutlich in dem Augenblick der Zurückweisung der befristeten Mahnung. Lehnt der Schuldner die Zahlung zu einem vom Gläubiger festgesetzten Termin ab, erfüllt er trotzdem seine Verbindlichkeit nicht — zwar ein in der Praxis wohl seltener Fall —, so kann der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner keine Schritte unternehmen, er ist an den von ihm selbst bestimmten späteren kalendermäßigen Termin gebunden, während, wie gezeigt, dieses in der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall ist.[232])

Eine große Anzahl Schriftsteller[233]) hält die befristete Mahnung für zulässig. Viele erkennen wohl an, daß ihr die Bestimmung des § 305 entgegensteht, doch sagen sie, der Vorschrift dieses Paragraphen gehe das Prinzip von Treu und Glauben vor. Dieses verhindere, daß der Gläubiger eine vielleicht umfangreiche und längere Zeit in Anspruch nehmende Leistung sofort verlangen könne. Dem Grundpfeiler unseres Gesetzes, Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte wird meine Anschauung gerecht, obgleich sie unverzügliche Erfüllung verlangt. Mahnt der Gläubiger auf eine größere Summe, so

---

[231]) a. a. O. II, S. 92, Bem. 4f zu § 284.

[232]) Ebenso Paech a. a. O. S. 59 ff.

[233]) Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 180; Enneccerus-Jäger a. a. O. S. 689; Oertmann a. a. O. S. 108, Bem. 2g zu § 284; Rehbein a. a. O. II, S. 109, Bem. 108; Staub a. a. O. S. 1491, Exk. zu § 374, Bem. 15; de Claparède a. a. O. S. 122; Rudert a. a. O. S. 414; Hünnebeck a. a. O. S. 28.

darf er m. E. nicht die sofortige Zahlung derselben beanspruchen, aber wohl fordern, daß der Schuldner unverzüglich die nötigen Schritte zur Beschaffung des Geldes unternimmt. Von einem Verstoß gegen die guten Sitten kann also keine Rede sein. Crome[234]) geht sogar so weit, die befristete Mahnung für ein negotium purum zu erklären.

Obgleich die Motive[235]) die Frage, ob eine bedingte Mahnung zulässig ist, für zweifelhaft erklären, ist sie wie die befristete Mahnung schon aus dem Grunde zu verwerfen, weil sie die Voraussetzung der Bestimmtheit, wann die Leistung bewirkt werden soll, nicht erfüllt.[236]) Gegen ihre Zulässigkeit spricht auch der Grund der mangelnden Sicherheit, ob die Leistung überhaupt erfolgen soll. Denn die Bedingung ist ihrer Natur nach ein künftiges Ereignis, dessen Eintritt unbestimmt ist. Auf einem solch unsicheren Fundamente darf die eventuelle Verzugsbegründung nicht beruhen.[237]) de Claparède[238]) hält eine bedingte Mahnung für zulässig; „der Wirksamkeit sollten einer bedingten Mahnung auch von dritten Personen abhängige oder sonstige äußere Umstände nicht hinderlich sein.“ Obgleich de Claparède den Fall des dies incertus an et quando als Bedingung ausdrücklich verwirft, stellt er als gültige Mahnung das Beispiel auf: „Ein Käufer mahnt auf Tradition eines Pferdes, sobald dasselbe arbeitsfähig geworden.“[239]) Andererseits soll anerkannt werden, daß man im Falle wie: A. mahnt den B., dieser müsse ihm, falls er im Oktober das Examen nicht besteht, sein Darlehn umgehend zurückzahlen, im umgekehrten Falle verzichte er auf seine Forderung,[240]) allerdings schwankend werden kann, weil B. genau weiß, wann und wie er seiner Verpflichtung nachzukommen hat. Weil aber B. nicht weiß, ob er zu zahlen hat oder nicht, so muß auch diese bedingte Mahnung für nichtig

---

[234]) a. a. O. S. 128.
[235]) II, S. 58.
[236]) Ebenso Planck a. a. O. II, S. 92, Bem. 4 g zu § 284.
[237]) So auch die herrschende Meinung.
[238]) a. a. O. S. 123.
[239]) de Claparède a. a. O. S. 124.
[240]) de Claparède a. a. O. S. 121.

erachtet werden. Andere Schriftsteller[241]) gehen zwar nicht so weit wie de Claparède, halten aber eine völlige Ablehnung der bedingten Mahnung für unzweckmäßig. Sie wollen ihr dann Daseinsberechtigung zusprechen, wenn sie der nötigen Bestimmtheit nicht ermangelt[242]) oder die Bedingung auf das Verhalten des Schuldners abgestellt ist; „zahle, wenn du nicht vorziehst, für den geschuldeten Betrag Sicherheit zu leisten",[243]) sei ein Fall der zulässigen bedingten Mahnung. Abgesehen davon, daß in Schollmeyers Beispiel gar keine bedingte, sondern eine reine Mahnung, verbunden mit einem Vertragsantrag, enthalten ist,[244]) muß die Zulässigkeit der bedingten Mahnung, wie eben ausgeführt, wegen der in ihr stets vorhandenen Unbestimmtheit und Ungewißheit abgelehnt werden.

§ 7.

Ort der Mahnung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat keine Bestimmung darüber getroffen, an welchem Ort eine wirksame Mahnung stattzufinden hat. Es liegt daher nahe, jeden Ort als zur Mahnung geeignet zu erklären. Diesem natürlichen Schluß stellt das Gesetz mancherlei Hindernisse entgegen. Zunächst dadurch, daß die Leistungen in Hol- und Bringschulden zerfallen.

Ist eine Holschuld fällig, so muß der Gläubiger, wenn er den Schuldner mahnen will, das zur Erfüllung der Leistung Erforderliche tun. Er oder sein Vertreter müssen sich zum Leistungsorte begeben, um dort die Zahlung in Empfang zu nehmen oder den Schuldner zu mahnen. Der Schuldner ist berechtigt, die Erfüllung der Forderung an jedem andern Orte zu verweigern. Erklärt jedoch der Schuldner vor Fälligkeit der Forderung, er leiste nicht, oder zahlt er nach Fälligkeit nicht, obgleich der

---

[241]) Schollmeyer a. a. O. S. 122, Bem. 2 zu § 284; Rehbein a. a. O. S. 109, Bem. 108; Oertmann a. a. O. S. 108, Bem. 2g zu § 284; Neumann a. a. O. S. 249, Bem. 2 zu § 284; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 342.

[242]) Neumann a. a. O. S. 249, Bem. 2 zu § 284.

[243]) Schollmeyer a. a. O. S. 122, Bem. 2 zu § 284.

[244]) Ebenso Paech a. a. O. S. 59; Endemann a. a. O. S. 778 Note 6; Staudinger a. a. O. II, S. 136, Bem. 2bβ zu § 284.

Gläubiger zur Empfangnahme der Leistung bereit ist, so treten trotz unwirksamer Mahnung des Gläubigers oder Unterlassung der ihm obliegenden Pflichten die Wirkungen des Verzugs ein.[245])

Ist dagegen die Leistung eine Bringschuld, so liegt zu ihrer Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nur insofern vor, als er zur Entgegennahme der angebotenen Verbindlichkeit bereit sein muß. Die zur Erfüllung notwendige Tätigkeit liegt beim Schuldner.

Die Frage, welcher Ort zur Mahnung bei einer Bringschuld geeignet ist, ist bestritten. Da die Meinungsverschiedenheit aus dem früheren Recht auf uns überkommen ist, die Quellen dieser Rechtsfrage im gemeinen Recht entspringen, so ist ein kurzes Eingehen auf den Gang der Streitfrage gerechtfertigt.

Wolff[246]) vertrat die Ansicht, daß die Mahnung nur am Erfüllungsorte stattfinden könnte. Dieser Meinung läßt sich zunächst entgegenhalten, daß es dem Schuldner ein Leichtes ist, sich der Mahnung überhaupt zu entziehen, indem er geflissentlich dem Erfüllungsorte fern bleibt.[247]) Außerdem geht Wolff von der falschen Vorstellung aus, daß die Mahnung sofortige Leistung verlange, aber nicht unter Gewährung des sog. modicum tempus, sondern sofort in der Bedeutung „auf der Stelle".[248]) Marcian in der l. 32 pr. Dig. de usur. 22, 1[249]) verlangte zur Mahnung nur einen opportunus locus. Dieser Auslegung folgend, erklären Mommsen[250]) und Windscheid-Kipp[251]) gegen v. Madai,[252]) daß sich der opportunus locus nur auf interpellatus und nicht auf solverit bezieht; doch folgert Windscheid-Kipp weiter, daß Marcian sagt, die Mahnung könne zwar an jedem beliebigen Orte erfolgen, nur die Leistung dürfe

---

[245]) R. G. in J. W. 02 S. 28, Nr. 23.

[246]) a. a. O. S. 281.

[247]) Vgl. bereits v. Madai a. a. O. S. 40; Mommsen a. a. O. S. 42/43.

[248]) Vgl. weiter Wolff a. a. O. S. 284, wo er erhebliche Einschränkungen macht

[249]) mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

[250]) a. a. O. S. 42 ff.

[251]) a. a. O. II, S. 143 u. Note 4.

[252]) a. a. O. S. 42.

nicht an einem inopportunen Orte verlangt werden. Dieser Meinung steht die Ansicht Marcians selbst entgegen, da aus ihr zu entnehmen ist, daß ihn nur die Frage nach dem Ort der Mahnung und nicht nach dem Ort der Leistung beschäftigte.[253])

Das bis jetzt erhaltene Ergebnis geht dahin: Die Mahnung ist an jedem opportunus locus statthaft.

Was ist aber ein opportunus locus?

Viele Schriftsteller[254]) verstehen unter ihm schlechthin einen „schicklichen" oder „passenden" Ort und erklären, es verstoße gegen die guten Sitten und sei aus diesem Grunde nichtig, wenn der Gläubiger an einem unpassenden Orte mahne. Die Schicklichkeit des Mahnungsorts braucht m. E. nicht besonders hervorgehoben zu werden, zumal unsere Rechtsordnung Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei allen Rechtsgeschäften voraussetzt und diejenigen für nichtig erklärt, die gegen diese Gebote verstoßen. Die Erklärung des locus opportunus ist nicht rein äußerlich in der Beschaffenheit des Ortes zu suchen, sie liegt vielmehr in dem Zweck und dem Inhalt der Mahnung, Erfüllung der Leistung vom Schuldner zu erhalten. Der Ort, der geeignet erscheint, eine erklärte Mahnung erfolgreich sein zu lassen, ist der locus opportunus.[255])

Zur Mahnungserklärung ist somit jeder Ort geeignet, vorausgesetzt, daß er nicht wider Treu und Glauben und die allgemeine Verkehrssitte verstößt, und sie die Ernstlichkeit nicht verkennen läßt.

Wann im besonderen ein locus opportunus vorhanden ist, ist heute wie früher Tatfrage und unterliegt gegebenenfalls dem richterlichen Ermessen.

---

[253]) Ebenso Kniep a. a. O. I, S. 526; Bettmann a. a. O. S. 35.

[254]) Mommsen a. a. O. S. 45; v. Madai a. a. O. S. 41; Ryck, a. a. O. S. 429; Endemann a. a. O. S. 778, Note 8; Dernburg-Engelmann a. a. O. S. 180; Enneccerus-Jäger a. a. O. S. 690; Oertmann a. a. O. S. 108, Bem. 2e zu § 284; Planck a. a. O. II, S. 92, Bem. h zu § 284; Bettmann a. a. O. S. 37; Hünnebeck a. a. O. S. 25.

[255]) Gleicher Ansicht: Matthiass a. a. O. S. 360; Staudinger a. a. O. II, S. 136, Bem. 2bβ zu § 284; Paech a. a. O. S. 74; de Claparède a. a. O. S. 103.

Daher ist eine Mahnung, die außerhalb der gewöhnlichen Geschäftssphäre, z. B. im Ballsaal, auf der Eisenbahn oder am Biertisch erfolgt, wirksam. Denn wie bereits mehrfach hervorgehoben, kann der Gläubiger nicht sofortige, sondern nur unverzügliche Leistung verlangen. Daß der abends auf der Straße gemahnte Schuldner nicht auf der Stelle die Leistung von 5000 M bewirken soll, ist selbstverständlich. Wohl aber muß der Gläubiger beanspruchen dürfen, daß der Gemahnte sogleich am folgenden Tag die notwendigen Schritte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit unternimmt. Zugegeben wird, daß die Mahnung an eben genannten Orten zwar leicht eine Beleidigung enthält; doch macht diese die Mahnung ebensowenig ungültig, wie die in eine grobe Form gekleidete.

Zu verwerfen ist die vermittelnde Ansicht Kneps,[256]) der „treffend“ [257]) erklärt: „Wenn Seine Wohlgeboren der Hofschneidermeister Seine Exzellenz den Staatsminister auf öffentlicher Straße an Bezahlung seiner Schneiderrechnung erinnern wollte, so wäre diese Mahnung ungültig“, wenn dagegen „ein Arbeitsmann den andern auf der Straße an Rückzahlung eines Darlehns erinnert“, so sei diese Mahnung gültig. Insofern hat Kniep recht, daß die Mahnung eines Schneiders gegenüber einem Minister auf offener Straße nicht gerade passend erscheint. Trotzdem aber muß der alte Wahlspruch: Gleiches Recht für alle, aufrecht erhalten bleiben! [258])

§ 8.
Zeit der Mahnung.

§ 284 bestimmt, daß eine Mahnung nur dann wirksam ist, wenn sie nach Fälligkeit der Forderung erfolgt. Demnach ist nicht nur eine Mahnung infolge pluspetitio ungültig, welche Erfüllung vor Fälligkeit verlangt, z. B. ich mahne meinen Schuldner, am 15. Februar zu zahlen, wenn die Forderung erst am 1. März fällig wird, sondern auch diejenige Mahnung ist irrelevant, die vor Fälligkeit Zahlung am Fälligkeitstage begehrt. Eine der-

---

[256]) a. a. O. I, S. 523.
[257]) Bettmann a. a. O. S. 37.
[258]) Derselben Ansicht: de Claparède a. a. O. S. 104.

artige Bestimmung ist zu eng. Der Zweck der Mahnung ist das Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung oder Inverzugsetzung. Mahnt der Gläubiger vor Fälligkeit, so will er dem Schuldner zeigen, daß ihm viel an pünktlicher Tilgung der Schuld oder am Genuß der Verzugsfolgen gelegen ist. Nach dem Gesetz kann der Gläubiger, wie gesagt, nur nach Fälligkeit mahnen.[259]) Einige Beispiele mögen die Folgen beleuchten, welche durch die kategorische Fassung des § 284, Abs. 1 gezeitigt werden.

A. bestellt beim Kunstmaler B. am 1. Januar ein Bild, das am 1. Juli vollendet sein soll. Am 15. Juni ist die Arbeit so wenig gediehen, daß das Bild zum festgesetzten Termin unmöglich fertiggestellt sein kann. Aber mahnen kann A. nicht, da seine Forderung noch nicht fällig geworden ist. Er muß warten, bis am 1. Juli „der Tag für den Gläubiger mahnt".[260]) Noch unangenehmer ist die Lage für den Gläubiger, wenn überhaupt kein bestimmter Endtermin festgesetzt ist. Ohne Mahnung ist B. zur Fertigstellung des Bildes nicht verpflichtet. Der Klageweg steht zwar dem A. offen, wann er aber den B. mahnen kann, läßt sich aus dem Gesetz nicht erblicken. Oder A. mahnt den B. am Tage vor Fälligkeit zur Rückzahlung eines Darlehns am morgigen Tage. Wenn B. nicht leistet, entgeht er den Verzugsfolgen.

Mehrere Schriftsteller[261]) sehen die Nachteile der gesetzlichen Bestimmung wohl ein, wollen sie aber dadurch umgehen, daß sie sagen, die verfrühte Mahnung zur Leistung bei Fälligkeit sei „nur in der Regel"[262]) nichtig. In Fällen, wie die genannten, sei eine vorgängige Mahnung wirksam. Diese Anschauungen, so sehr sie auch dem modernen Geschäftsverkehr und dem Volksbewußtsein entsprechen, müssen verworfen werden. Lex ita lata est und wir haben uns seinen Bestimmungen zu fügen.

Obgleich die Mahnung erst nach Fälligkeit erfolgen darf, ist diese Bestimmung nicht dahin zu verstehen, daß die die Fällig-

---

[259]) J. W. 09, S. 456, Nr. 10.

[260]) Vgl. unten § 12 „dies interpellat pro homine".

[261]) Mommsen a. a. O. S. 49/50; Kniep a. a. O. I, S. 515, 441 ff.; Bettmann a. a. O. S. 40/41; de Claparède a. a. O. S. 106.

[262]) Kniep a. a. O. I, S. 515.

keit begründende Handlung auch zeitlich von der Mahnung verschieden sein muß. Beide können in einem einzigen Rechtsakt vereinigt werden.[263]) Hieran anknüpfend, erblicken einige Schriftsteller[264]) in der Kündigung ohne Kündigungsfrist eine gleichzeitige Mahnung. Wie an anderer Stelle[265]) erwähnt, ist die Mahnung formlos und kann auch stillschweigend erfolgen. Kündigt der Gläubiger fristlos, so gehen in ihm zwei Entschlüsse zeitlich nacheinander vor: er kündigt und will sein Geld haben. Durch den ersten Entschluß will er die Fälligkeit herbeiführen, durch den zweiten mahnen. Trotzdem er diese beiden Entschlüsse in die Worte, ich kündige fristlos, zusammenfaßt, erfolgt doch streng genommen die Mahnung erst nach der Fälligkeit.[266])

Bei Beantwortung der Frage, zu welcher Zeit die Mahnung zu bewirken ist, gilt das Gleiche, was im vorigen Paragraphen „Ort der Mahnung" gesagt ist. Die Opportunität der Zeit bezieht sich weniger auf die Schicklichkeit als auf die Zweckdienlichkeit. Gewiß muß der Gläubiger, wenn er mahnt, Rücksicht auf Treu und Glauben nehmen. In der Regel wird ja die Mahnungshandlung bei Tage während der gewöhnlichen Geschäftszeit vorzunehmen sein. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß dieses Pflicht des Gläubigers und eine Mahnung zu anderer Zeit unwirksam ist. Dem stehen, da das Gesetz schweigt, weder ein Verstoß wider die guten Sitten noch die Verkehrsüblichkeit entgegen. Zu weit geht v. Madai,[267]) der eine Mahnung für gültig hält, wenn der Gläubiger, der sein Geld zu einer plötzlichen Reise notwendig hat, mitten in der Nacht vom Schuldner sofortige Leistung verlangt.

---

[263]) Planck a. a. O. II, S. 92, Bem. f zu § 284. RGE. Bd. 50, S. 255, 261; a. M.: R. O. H. G. Bd. 7 S. 387.

[264]) Kniep a. a. O. S. 348; Bettmann a. a. O. S. 39; Matthiass a. a. O. S. 360; de Claparède a. a. O. S. 105, Note 1 und S. 106.

[265]) Vgl. oben S. 34.

[266]) Gleicher Ansicht Krichauff a. a. O. S. 41.

[267]) a. a. O. S. 44.

§ 9.

Folgen der Mahnung und deren Aufhebung.

Mahnt der Gläubiger den säumigen Schuldner, so bezweckt er entweder Leistung oder Begründung des Verzugs.[268])

Unterbleibt die Erfüllung der Verbindlichkeit, so wird trotz erfolgter Mahnung der Schuldnerverzug nicht unter allen Umständen hervorgerufen. § 285 bestimmt: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“ Es ist somit Bedingung des Verzugs, daß die Leistung verantwortlicher Weise nicht erfolgt. Durch diese Bestimmung hat der Gesetzgeber, der Vorschrift des A. L. R. I. 16, 26 folgend, eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden. In den Quellen des römischen Rechts exkulpierten nur bestimmte Gründe den säumigen Schuldner. Infolge dieser Kasuistik war streitig, ob zur Begründung der mora unbedingt culpa des Schuldners hinzutreten muß, oder ob allein die Interpellation die Verzugsfolgen nach sich zieht, es sei denn, daß in bestimmten Fällen aus Billigkeit, z. B. wegen Irrtums, kein Verzug eintritt. Die große Mehrzahl der Schriftsteller[269]) stand auf dem Standpunkt des heutigen Rechts, während einzelne[270]) die Mahnung als die „einzige Voraussetzung der mora — sofern nicht ausnahmsweise auch diese hinwegfällt —“ hielten. Eingehend das Prinzip des Verschuldens und die Wirkungen des Leistungsversuchs[271]) zu erörtern, dürfte in der vorliegenden Arbeit wohl nicht der geeignete Platz sein.

Hat der Schuldner trotz erfolgter Mahnung unverschuldet nicht leisten können, ist er somit dem Verzug entgangen, und fällt nachträglich das Hindernis fort, so wird durch diesen Umstand der Verzug nicht hervorgebracht, sondern es bedarf einer neuen Mahnung.

Ist der Verzug infolge der Mahnung eingetreten, so können die Folgen wieder beseitigt werden. Hierzu ist ein Vertrag not-

---

[268]) Vgl. oben S 1 ff.

[269]) So Mommsen a. a. O. S. 13 ff., S. 56; v. Madai a. a. O. S. 6ff., S. 69 ff.; Wolff a. a. O. S. 252; Windscheid-Kipp a. a. O. II, S. 132.

[270]) Glück a. a. O. Bd. 8, S. 425; Kniep a. a. O. I, 326; Puchta, Pand. S. 413; Brinz a. a. O. S. 550.

[271]) Über die Wirkungen des Verzugs vgl. die §§ 286 ff.

wendig, weil der Erlaß der Verzugsnachteile sich als Änderung des bestehenden Schuldverhältnisses darstellt.[272]) Erklärt der Gläubiger dem gemahnten und in Verzug geratenen Schuldner, daß er die erfolgte Mahnung zurücknehme, so sind die Folgen derselben durch die stillschweigende oder erklärte Annahme des Antrags mit Wirkung für die Zukunft erloschen, es sei denn, daß die Zurücknahme, die bereits eingetretenen Verzugsnachteile in sich schließt.[273]) Der Gläubiger hat den Schuldner, der ihm 20 M. zu leisten hat, gültig gemahnt und in Verzug gesetzt. Der Schuldner erfüllt nach langer Zeit die Leistung durch Zahlung von 20 M., ohne die dem Gläubiger nach § 288 zustehenden Verzugszinsen. Nimmt der Gläubiger diese Leistung anstandslos an, so sind durch stillschweigenden Erlaßvertrag die Folgen der Mahnung aufgehoben.[274])

§ 10.
Erlöschen des Mahnrechts.

Von der eben behandelten Aufhebung der Mahnungswirkungen ist das Erlöschen des Mahnrechts zu unterscheiden. Das Mahnrecht ist kein selbständiges Recht, sondern von der Obligation abhängig, welcher es seine Entstehung verdankt. Geht die Forderung unter, so erlischt auch das Mahnrecht. Wenn der Gläubiger nichts zu fordern hat, kann er auch niemanden mahnen. Ist der Anspruch des Gläubigers verjährt, so besteht das Forderungsrecht zwar fort — das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur Anspruchsverjährung — die Geltendmachung ist jedoch ausgeschlossen. Das gleiche Schicksal trifft infolge ihres akzessorischen Charakters die Mahnung. Daher wird durch sie die Verjährung nicht unterbrochen. Findet aber eine Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis[275]) statt, so lebt der Anspruch wieder auf und mit ihm das Mahnrecht.

---

[272]) §§ 305, 297. Ebenso Klein a. a. O. S. 260; a. M.: Kipp a. a. O. S. 120/21.

[273]) Gleicher Ansicht: Oertmann a. a. O. S. 108, Bem. 2h zu § 284; Kipp a. a. O. S. 121; Klein a. a. O. S. 259.

[274]) Vgl. weitere Beispiele Mommsen a. a. O. S. 322, Note 4.

[275]) § 208.

III. Die Aequivalente der Mahnung.

§ 11.

Die gerichtliche Mahnung.

Das Gesetz hat den Gläubiger einer fälligen Forderung nicht auf die Mahnung allein beschränkt, um von einem säumigen Schuldner Zahlung zu erhalten oder ihn bei Nichtleistung in Verzug zu setzen, sondern in § 284 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich." Diesen prozessualen Arten reihen sich noch die Streitverkündung und die Hauptintervention an.

Die gerichtliche Mahnung hat wesentlich stärkere Wirkungen als die gewöhnliche. Abgesehen von der Macht der Willenskundgebung des Gläubigers durch Erhebung der Klage, hat die in ihr beruhende Mahnung Wirksamkeit für die ganze Dauer des Rechtsstreits. In jeder Lage des Prozesses wird dem Schuldner das Verlangen des Gläubigers vor Augen geführt. Das Urteil ergeht auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung. Es kommt lediglich auf das Stadium der Forderung an, in welchem sie sich im letzten Termin befindet. Während die gewöhnliche Mahnung vor Fälligkeit der Forderung stets nichtig ist, hat die gerichtliche Wirksamkeit, auch wenn sie auf eine erst künftig fällig werdende Leistung gerichtet ist, vorausgesetzt, daß letztere bis zum Verhandlungstermin, auf den das Urteil ergeht, Fälligkeit erlangt.[276]) Geht der Rechtsstreit in die Berufung, so ist die Fälligkeit der Verbindlichkeit auf Grund des Prinzips der Einheit des Verfahrens erst in dieser Instanz notwendig,[277]) selbst für den Fall, daß durch die eingelegte Revision der Rechtsstreit

---

[276]) R. G. E. Bd. 8, S. 415; J. W. 1886, S. 346, Nr. 4; J. W. 1897, S. 229, Nr. 5; Seuff. Arch. Bd. 37, Nr. 151.

[277]) J. W. 1884, S. 313, Nr. 49.

in die Berufungsinstanz zurückverwiesen wird.[278]) Fraglich könnte es sein, ob der Schuldner durch eingetretene Fälligkeit in der Revisionsinstanz gemahnt wird; die Antwort muß aber bejahend lauten. Zwar darf vom Gericht dieses Moment nicht berücksichtigt werden,[279]) weil in der Revisionsinstanz die Neuverhandlung des Rechtsstreits in tatsächlicher Hinsicht ausgeschlossen ist; doch ist das Begehren des Gläubigers auf Erfüllung oder Inverzugsetzung durch Erhebung der Klage das gleiche geblieben. Wird vom Gläubiger bei Erhebung der Klage ein unzuständiges Gericht angerufen, so wird der Schuldner trotzdem gemahnt. Es kommt nur auf den Willen des Gläubigers an, Befriedigung zu erlangen und diesen Willen hat er durch die Klageerhebung kundgegeben.[280]) Leidet die Klage an einem wesentlichen Mangel, ist z. B. der Klagegrund vergessen worden, so hat sie doch die Wirkungen der Mahnung, vorausgesetzt, daß die Forderung, deren Erfüllung gewollt, bestimmt angegeben ist.[281]) Ebensowenig nimmt der Verstoß eines richterlichen Erlasses gegen gesetzliche Normen der Klage den Charakter des Äquivalents der Mahnung.

Nimmt der Gläubiger die Klage zurück, so nimmt das Reichsgericht[282]) und mit ihm eine Anzahl von Schriftstellern[283]) an, daß auch in diesem Falle die durch die Klage hervorgebrachten Wirkungen bestehen bleiben. Dieser Ansicht schließe ich mich nicht an, weil durch die Klagezurücknahme der Gläubiger zu erkennen gibt, daß ihm die Erfüllung der Forderung noch nicht genehm ist und dadurch auch die Mahnung als ungeschehen ansehen will.

Durch die Erhebung der Feststellungsklage[284]) wird der Schuldner nicht gemahnt, weil der Gläubiger seinen Anspruch erst festgestellt, noch nicht erfüllt haben will. Geht die Fest-

---

[278]) J. W. 1886, S. 346, Nr. 4.
[279]) Bolze, Bd. 8, S. 408, Nr. 972.
[280]) Seuff. Arch. Bd. 20, Nr. 23; a. M.; Kniep a. a. O. I, S. 565.
[281]) O. L. G. Bd. 12, S. 251, im „Recht" 06, S. 179, Ziff. 289; a. M.: Kniep a. a. O. I, S. 564.
[282]) Seuff. Arch. Bd. 16, Nr. 99.
[283]) So z. B. Paech a. a. O. S. 72.
[284]) Vgl. § 256 ZPO.

stellungs- in die Leistungsklage über, so ist der Schuldner gemahnt.

Wird ein Anspruch mittels Einrede geltend gemacht, so ist der Gegner nicht gemahnt. Wirksam ist hingegen die Erhebung der Widerklage, aber erst in der mündlichen Verhandlung, in der dieses geschieht. Durch Ladung zum Sühnetermin im Sinne des § 510 ZPO. gilt die Mahnung noch nicht als zugegangen, sondern nur dann, wenn durch mündlichen Vortrag Leistungsklage erhoben wird.[285])

Meldet ein Konkursgläubiger ohne Benachrichtigung des Gemeinschuldners seine Forderung beim zuständigen Amtsgericht an, und wird sie in die Tabelle eingetragen, so ist hierin eine Mahnung zu erblicken, weil diese Eintragung der Erhebung der Leistungsklage gleichzustellen ist.

Obgleich die Mahnung und die Leistungsklage sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren koordiniert und in ihrer Wirkung gleich sind, gibt es doch einzelne Unterschiede. Während die Mahnung die Unterbrechung der Verjährung nicht herbeiführt,[286]) erreicht der Gläubiger dieses Ziel durch Erhebung der auf Befriedigung seines Anspruchs gerichteten Klage.[287]) Im Gegensatz zur Mahnung ist bei der Klage keine Stellvertretung in der Erklärung möglich, während die Vertretung im Willen beiden Arten gemeinsam ist. Obgleich dem Erben vor der Ausschlagung das aktive und passive Mahnrecht zusteht,[288]) kann der Nachlaßgläubiger vor Annahme der Erbschaft einen Anspruch gegen ihn nicht gerichtlich geltend machen.[289]) Ebensowenig kann gegen den Erben, sondern nur gegen den Testamentsvollstrecker eine die Mahnung ersetzende Klage erhoben werden,[290]) trotzdem der Erbe neben dem

---

[285]) Gleicher Ansicht: Rehbein a. a. O. II, S. 119, Bem. 108. a. M.: Paech a. a. O. S. 72; de Claparède a. a. O. S. 97, welche bereits in der Ladung zum Sühnetermin eine gerichtliche Mahnung erblicken.

[286]) Vgl. oben S. 60.

[287]) § 209, Abs. 1, Abs. 2, Ziff. 1 u. 2.

[288]) Vgl. oben S. 23.

[289]) §§ 1958 BGB., 239, ZPO.

[290]) § 2212.

Testamentsvollstrecker aktiv und passiv zur Mahnung legitimiert ist.[291])

Gewöhnlich wird der Gläubiger gegen den Schuldner gerichtlich vorgehen, wenn von ihm Erfüllung nicht zu erlangen ist, m. a. W. wenn er den Säumigen bereits außergerichtlich gemahnt hat. Verpflichtet ist der Gläubiger hierzu keineswegs. Ihm steht es frei, gegen den Schuldner jederzeit Klage zu erheben, auch wenn dieser ihm keine Veranlassung zu einer derartigen Handlungsweise gegeben hat.

Wird ein noch nicht gemahnter Schuldner nach Fälligkeit der Leistung vom Gläubiger auf Zahlung verklagt, und leistet der Schuldner nach Empfang der Klage unverzüglich, so herrscht in der Literatur und Rechtssprechung Meinungsverschiedenheit in der Beantwortung der Frage, wer in einem solchen Falle die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Einige Schriftsteller[292]) nehmen an, der Gläubiger trage nach § 93 ZPO.[293]) die Kosten, weil der Schuldner zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt habe. Zwar sei der Schuldner durch die Erhebung der Klage in Verzug geraten, doch komme dieser nur für die Entscheidung der Hauptsache, nicht für die Prozeßkosten in Betracht, „da hier die grundlose Einleitung des prozessualen Verfahrens den Rechtsgrund der Erstattungspflicht bildet, und das Verhalten des Beklagten nach Klageerhebung demgemäß gleichgültig ist.“[294])

Andere Schriftsteller[295]) stehen auf dem Standpunkt, daß trotz des § 93 ZPO. der Schuldner die Kosten tragen müsse, auch wenn er sofort anerkenne oder leiste. Durch sein Nichtleisten

---

[291]) Vgl. oben S. 23.

[292]) So Gaupp-Stein (Aufl. 1904) S. 279, Bem. II zu § 93; Schmidt a. a. O. S. 698/99; Hünnebeck a. a. O. S. 18; OLG. Braunschweig, Braunschw. Zeitung Bd. 40, S. 118.

[293]) § 93 lautet: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“

[294]) Gaupp-Stein, 1904, a. a. O. S. 279, Bem. II zu § 93 Note 7.

[295]) Wach a. a. O. S. 20, Note 18; Petersen-Anger a. a. O. S. 244, Bem. 2 zu § 93; L. G. Halle in Naumburger Ztg. 94, S. 72.

bei eingetretener Fälligkeit habe er Veranlassung zur Klage gegeben und durch Erhebung der Klage sei er in Verzug geraten.

M. E. läßt sich die Frage weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin bestimmt beantworten, da es sich um eine quaestio facti handelt, deren Entscheidung beim Richter liegt. Klagt der Gläubiger gegen den Schuldner auf Bewirkung der Verbindlichkeit, ohne ihm eine Rechnung gesandt zu haben, so hat jener die Kosten des Prozesses bei sofortigem Anerkenntnis der Schuld zu tragen. Der Beklagte hatte dem Kläger keine Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben. Hat aber der Gläubiger seinem Schuldner bereits mehrfach Rechnungen gesandt und klagt er jetzt auf Zahlung, so hat der Schuldner trotz sofortigen Anerkenntnisses die Kosten des Verfahrens zu tragen. Durch die wiederholte Rechnungsübersendung war der Schuldner, wie bereits an anderer Stelle betont,[296]) zwar nicht gemahnt worden und demnach auch nicht in Verzug geraten, doch hat er durch das längere Hinausschieben der Erfüllung dem Gläubiger Veranlassung zur Klage gegeben.[297])

§ 12.

Mahnung kraft Gesetzes.

A. „Dies interpellat pro homine."

Die berühmte Rechtsregel dies interpellat pro homine ist nach der herrschenden Ansicht ein von deutschrechtlichen Anschauungen geleiteter Grundsatz.[298]) Seit der Glosse „committitur" zur 1. 9 Dig. de usur. 22, 1, welche lehrt, interpellari videtur ab ipsa die constituta, hat die Praxis sie zur Anwendung gebracht, und ist sie durch fortgesetzt im Verkehr geübte Regel Gewohnheitsrecht geworden.[299]) Nach anderer Ansicht soll der

---

[296]) Vgl. oben S. 35.

[297]) Auf ähnlichem Standpunkt scheint Seuffert a. a. O. I, S. 166, Bem. 1, zu § 93 zu stehen, und in der neuesten Auflage auch Gaupp-Stein (1906) S. 275/76, Bem. III, zu § 93.

[298]) Gruchot a. a. O. S. 145 ff; Mommsen a. a. O. S. 80 ff; Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 284 ff; Dernburg, Pand. II, S. 112, Note 14.

[299]) Mot. II, S. 56/57.

Ursprung des Rechtssatzes im corpus iuris civilis zu suchen sein, doch ist es nicht gelungen, ihn quellenmäßig nachzuweisen.

Unser Rechtssatz ist in die meisten modernen Kodifikationen aufgenommen worden.[300]) Während das gemeine Recht und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsregel nur dann Anwendung finden ließen, wenn der nach dem Kalender bestimmte Tag durch Vertrag festgesetzt war, hat das Bürgerliche Gesetzbuch, dem Allgemeinen Landrecht und dem Österreichischen Gesetzbuch folgend, ihren Geltungsbereich erweitert. § 284 Abs. 2 bestimmt: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet.“ Nach heutigem Recht ist es also gleichgültig, auf welche Weise der dies festgesetzt ist, ob durch Vertrag, Gesetz oder Urteil.

Die Anwendung des Satzes dies interpallet pro homine hing, wie eben erwähnt, im früheren Recht lediglich von dem Willen der Parteien ab, ob sie vertraglich einen nach dem Kalender bestimmten Leistungstag fixierten oder nicht. Durch einen solchen Vertragsabschluß begab sich der Schuldner des Rechts, bis zur Mahnung die Leistung schuldhaft zu verweigern, ohne den Verzugsfolgen ausgesetzt zu sein. Der Schuldner willigte somit freiwillig in eine Verschlechterung seiner Rechtslage ein. Beim Vertragsabschluß war er sich bereits bewußt, daß eine Mahnung des Gläubigers am Fälligkeitstage überflüssig sei, daß er auch ohne dieselbe in Verzug geraten werde. Trotzdem ersetzte der Eintritt des dies die Mahnung nicht in der Weise, daß sie an dessen Stelle trat. Nicht der Leistungstag als solcher, sondern die vorangegangene vertragliche Vereinbarung rief die Wirkung der selbsttätigen Mahnung hervor. Die Ansicht Mommsens[301]) und Knieps,[302]) „daß der Ablauf der festgesetzten Erfüllungszeit die ausdrückliche Aufforderung zur Er-

---

[300]) Altes HGB. Art. 289, ALR. I, 16, § 67; Sächs. BGB. § 736, Österr. BGB. § 1334, während der Code civil art. 1139 bestimmt, daß nur bei ausdrücklicher Erklärung Fälligkeit ohne Mahnung eintreten soll, nicht bereits bei Eintritt eines bestimmten Leistungstages.

[301]) a. a. O. S. 108.

[302]) a. a. O. I, S. 133.

füllung der Obligation vertritt", ist daher logisch nicht unanfechtbar.

Anders im heutigen Recht. Hier hat der Gesetzgeber, wie bereits gesagt, das Anwendungsgebiet unseres Rechtssatzes erheblich erweitert. Er ist nicht mehr von der vertragsmäßigen Festsetzung eines bestimmten Leistungstages abhängig, sondern irgend eine Fixierung des dies certus ist genügend. Die Rechtsregel greift auch Platz ohne jedes Zutun der Parteien. Haben die Paziszenten einen Leistungstag vertraglich bestimmt, so gilt die eben entwickelte Auffassung über die überflüssige, aber nicht durch den dies vertretene Mahnung. Andernfalls aber tritt der Leistungstag an die Stelle der Mahnung. de Claparède[303]) und Hünnebeck[304]) vertreten die Ansicht auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, die, wie gezeigt, für das gemeine Recht zutreffend war, heute aber zu eng ist. Paech[305]) kommt zum gleichen Ergebnis wie de Claparède, aber mit der Begründung, „daß die Mahnung begrifflich an die Zeit nach der Fälligkeit gebunden ist." Paech übersieht, daß die Bestimmung des § 284, Abs. 2, eine Ausnahme des § 284, Abs. 1 ist. Sonst bedeutete der Satz dies interpellat pro homine, daß der Schuldner erst an dem dem Leistungstage folgenden Tage in Verzug gerate, eine Ansicht, die im gemeinen Recht nicht unvertreten war.[306])

Nicht bei allen Rechtsgeschäften findet unser Rechtssatz Anwendung. Hat die Festsetzung eines nach dem Kalender bestimmten Tages lediglich den Zweck, dem Gläubiger zu gestatten, von diesem Tage an seine Forderung geltend zu machen, so braucht der Schuldner bei Eintritt des Tages nicht zahlen, wenn der Gläubiger die Leistung nicht verlangt, m. a. W. wenn er nicht mahnt. Ist die Forderung eine Holschuld, deren Leistung an einem bestimmten Tage erfolgen soll, so genügt der Eintritt des vereinbarten Erfüllungstages nicht, sondern der Gläubiger muß sich zur Leistungsempfangnahme beim Schuldner einfin-

---

[303]) a. a. O. S. 158.
[304]) a. a. O. S. 54.
[305]) a. a. O. S. 76.
[306]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 108.

den.[307]) Planck[308]) nimmt auch bei Holschulden die Anwendbarkeit der Rechtsregel an, weil die Leistung nach dem Kalender bestimmt sei. Zwar komme der Schuldner nicht in Verzug, aber nur aus dem Grunde, weil die zur Leistung notwendige Mitwirkung des Gläubigers nicht erfolgt sei. Beide Meinungen führen zum gleichen Ergebnis, doch soll m. E. der dies die Mahnung, d. h. das Verlangen nach Leistung oder Verzugsbegründung überflüssig machen. Das ist aber bei Holschulden unmöglich. — Da die Forderungen aus Präsentationspapieren Holschulden sind, so kann auf sie § 284, Abs. 2, nicht angewendet werden,[309]) obgleich eine Mahnung ohne Vorlegung des Präsentationspapiers wohl möglich ist.[310]) Handelt der Schuldner bei Nichtbewirkung der Verbindlichkeit nicht rechtswidrig, so gerät auch er im Falle des § 284, Abs. 2, nicht in Verzug.[311])

Der Eintritt des Leistungstages ist bei einem bedingten Rechtsgeschäft bezüglich des Verzuges unerheblich. Die Rechtsnatur der Bedingung, Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses, spricht gegen die klare Bestimmung des § 284, Abs. 2. Auch wenn zwischen den Parteien vereinbart wird, daß der Schuldner eine bestimmte Zeit nach dem Eintritt der Bedingung leisten soll, und der Schuldner kennt genau den Eintritt der Bedingung, läßt sich die Anwendbarkeit der Rechtsregel nicht rechtfertigen. Hätte der Gesetzgeber das Gegenteil beabsichtigt, so wäre wohl eine diesbezügliche Bestimmung im Gesetz getroffen worden, wie dieses im Allgemeinen Landrecht I, 16, 18, der Fall war.[312])

Was versteht das Gesetz unter einer nach dem Kalender bestimmten Leistungszeit? ist die Frage, die sich an die bisherigen Erörterungen von selbst knüpft.

---

[307]) Ebenso Mommsen a. a. O. S. 109; Fischer-Henle a. a. O. S. 159, Bem. 5, zu § 284; Enneccerus-Jaeger a. a. O. S. 690.

[308]) a. a. O. II, S. 93, Bem. 6, zu § 284.

[309]) Ebenso Jacobi a. a. O. S. 129.

[310]) Vgl. oben S. 48/49.

[311]) § 285.

[312]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 123, Bem. 4, zu § 284; Paech a. a. O. S. 80. R. G. im „Recht“ 09, Nr. 3533, Beil. 23.

Ganz unzweideutig und klar kommt unser Rechtssatz zur Anwendung, wenn ein bestimmter Kalendertag, z. B. der 1. April, als Leistungstag festgesetzt ist. So bestimmt braucht jedoch der Fälligkeitstag nicht bezeichnet sein. Es genügt, daß sich die zur Erfüllung bestimmte Zeit nach dem Kalender genau feststellen läßt,[313]) so: 5 Tage nach dato, 14 Tage vor Weihnachten, zum ersten Tag der Leipziger Ostermesse, Ostern usw.[314]) Daß ohne nähere Abrede sich die Zeitbestimmung eines beweglichen Festes stets auf das laufende Jahr bezieht, bedarf wohl keiner näheren Erwähnung. Auch nur einem bestimmten Interessentenkreise bekannte Kalendertage entsprechen den Anforderungen des dies interpellat pro homine; wenn z. B. der Jäger A. dem Waffenhändler B. die Weisung gibt, dieser müsse 2 Tage vor Eröffnung der Hasenjagd ihm seine zur Reparatur geschickte Jagdflinte wieder zustellen.[315]) Die Praxis geht sogar so weit, daß ein nicht nach dem Kalender bestimmter Zeitpunkt, z. B. „eine Première in der Haupttheaterzeit", für genügend erachtet wird, den Schuldner bei rechtswidriger Nichtleistung ohne Mahnung in Verzug zu setzen.[316]) Eine derartige Entscheidung halte ich für gefährlich, weil die Lage des Schuldners bei einer solchen Festsetzung der Leistungszeit zu nachteilig ist. Ein auch noch so bekanntes Ereignis kann für den Gläubiger höchst wichtig, dem Schuldner sehr gleichgültig sein. Dem Schuldner darf nicht zugemutet werden, sich über die Zeit des Eintritts eines derartigen Geschehnisses auf dem Laufenden zu halten.

Eine Zeitbestimmung, Anfang, Mitte oder Ende eines Monats ersetzt die Mahnung, denn § 192 schreibt vor, welche Kalendertage in diesen Fällen zu verstehen sind.[317]) Ein zur Erfüllung der Leistung bestimmter Zeitabschnitt, dessen Beginn kalendermäßig fixiert ist und dessen Ende sich demnach bestimmen läßt,

---

[313]) Mot. II, S. 57.

[314]) a. M.: Rehbein a. a. O. S. 120, Bem. 111. ROHG. Bd. 14, S. 33.

[315]) Vgl. auch die Entsch. in der Bayr. Rechtspflege-Ztg. 08, S. 131, wo entschieden ist, daß Zeitbestimmungen, wie „mit Semesterschluß" kein dies im Sinne des § 284, Abs. 2, sind.

[316]) R. G. im „Recht" 07, S. 824, Nr. 1790.

[317]) a. M.: Rehbein a. a. O. S. 120, Bem. 111; Hünnebeck a. a. O. S. 55.

genügt den Erfordernissen des § 284, Abs. 2, z. B. jemand verlangt Zahlung heute in 2 Wochen. Die Berechnung dieser Frist regelt § 193.[318]) Je größer jedoch dieser Zeitabschnitt ist, desto unsicherer wird die Berechnung des Endtermins, so daß bei einer Vereinbarung, Zahlung soll heute in 3 Jahren und 1 Monat erfolgen, zur Begründung des Verzugs eine Mahnung wohl erforderlich erscheint. Eine bestimmte Entscheidung läßt sich indessen nicht fällen, weil die Anwendbarkeit des Rechtssatzes von Fall zu Fall geprüft werden muß.[319])

Beim dies certus an, incertus quando ist wegen der Unbestimmtheit der kalendermäßigen Zeit eine Mahnung erforderlich.[320]) de Claparède[321]) hält die Anwendung unseres Rechtssatzes nicht für unbedingt ausgeschlossen und illustriert seine Ansicht an folgendem Beispiel: Der Schuldner, welcher weiß, daß sein Gläubiger zwischen dem 4. und 8. Oktober heiraten will, soll diesem ein Darlehn am Hochzeitstage zurückzahlen. Auch ist dem Schuldner bekannt, daß der Gläubiger das Geld zur Bestreitung der Kosten der Hochzeitsreise verwenden will. Diese Fristfestsetzung hält de Claparède für eine nach dem Kalender bestimmte, und soll der Schuldner, wenn er rechtswidrig am Hochzeitstag nicht zahlt, ohne Mahnung in Verzug geraten. Aus dem Beispiel geht hervor, daß der Gläubiger nur für den Fall der Hochzeit sein Geld haben will; sonst hätte er wohl einen bestimmten Monatstag, z. B. den 1. Oktober, festgesetzt. Mögen auch alle Vorbereitungen zur Hochzeit getroffen sein, so kann trotzdem durch irgendwelche Gründe die Eingehung der Ehe verzögert oder verhindert werden. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, Informationen darüber einzuholen, ob die Heirat innerhalb der angesetzten Frist wirklich zustande kommt oder nicht. Nur ein kalendermäßig bestimmter Tag, oder ein solcher, der sich nach dem Kalender mit Sicherheit berechnen läßt, wird dem Satze dies interpellat pro homine gerecht.[322])

---

[318]) a. M.: Rehbein a. a. O. S. 120, Bem. 111.
[319]) Mommsen a. a. O. S. 117.
[320]) Ebenso Mot. II, S. 57; Paech a. a. O. S. 79; Oertmann a. a. O. S. 109, Bem. 3c, zu § 284.
[321]) a. a. O. S. 161/62.
[322]) Vgl. auch den oben S. 69 besprochenen Rechtsfall.

Umgekehrt wird beim Vorliegen eines dies incertus an, certus quando der Rechtssatz Anwendung finden. Ist der Eintritt der Volljährigkeit als Fälligkeitstermin festgesetzt, so läßt sich dieser Tag kalendermäßig genau bestimmen. Ungewiß ist es zwar, ob das Ereignis an diesem Tage eintritt, weil der Minderjährige vorher versterben kann, aber das ist nach § 284, Abs. 2, auch nicht erforderlich. Genügend ist die kalendermäßige Leistungszeit. Enthält der dies incertus an, certus quando — und das ist häufig der Fall — eine versteckte Bedingung, so ist eine Mahnung erforderlich.[323])

Es ist an anderer Stelle[324]) bereits hervorgehoben, daß § 285 auch für den Fall des dies interpellat pro homine Wirksamkeit hat. Wird aber der die Leistung hindernde Grund beseitigt, so gerät der Schuldner erst nach erfolgter Mahnung in Verzug, obgleich die Leistung an einem bestimmten Kalendertage zu bewirken war. Unsere Rechtsregel hat in einem solchen Falle keine Gültigkeit.[325])

Überflüssig ist die Mahnung dann, „wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt".[326]) Diese Bestimmung bildet eine Ausnahme des § 284, Abs. 1, Satz 1. Sie ist nicht, wie die Motive[327]) annehmen, eine Anwendung des allgemeinen Satzes. Die Kündigung ist bezüglich ihres Eintritts für die Parteien, wenigstens aber für den Schuldner, ein ungewisses Ereignis. Es läßt sich von vornherein der Tag der Leistung kalendermäßig nicht feststellen. Ist die Kündigung erfolgt, so läßt sich erst jetzt der Fälligkeitstag einwandfrei nach dem Kalender bestimmen.

Zu der Vorschrift des § 284, Abs. 2, Satz 2, ist der Gesetzgeber aus praktischen Gründen bewogen worden. Daher darf die für die Kündigung geltende Ausnahme nicht auf sonstige

---

[323]) Ebenso Paech a. a. O. S. 79; de Claparède a. a. O. S. 165.

[324]) Vgl. oben S. 68.

[325]) R. G. im „Recht" 08, S. 448, Nr. 2547.

[326]) § 284, Abs. 2, Satz 2.

[327]) Mot. II, S. 57.

Fälle übertragen werden, in denen die Berechnung des Erfüllungstages von einem andern an sich ungewissen Geschehnis erfolgen kann, z. B. Leistung habe am Sonnabend der Empfangswoche zu erfolgen.[328])

B. Sonstige Fälle gesetzlicher Mahnung.

Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Rückgabe einer Sache, die ihm durch eine unerlaubte Handlung entzogen worden ist, so war der Schuldner auf Grund des im gemeinen Recht verallgemeinerten Satzes semper moram fur facere videtur [329]) kraft Gesetzes in Verzug, so daß eine Mahnung des Gläubigers überflüssig war. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Rechtssatz, daß der Schuldner aus einer unerlaubten Handlung kraft positiver Gesetzesvorschrift in Verzug sei, in die allgemeinen Bestimmungen [330]) zwar nicht aufgenommen, doch haben die eben erwähnten Vorschriften in den §§ 848 ff. im wesentlichen analoge Anwendung gefunden.[331])

Ebensowenig ist eine Mahnung erforderlich bei einem wissentlich ungerechtfertigt Bereicherten und bei dem Empfänger einer Leistung, der wissentlich durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt.[332])

§ 13.
Sonstige Fälle überflüssiger Mahnung.

Auf Grund des schuldnerischen Verhaltens kann ohne gesetzliche Bestimmung die Mahnung überflüssig werden bei solchen Forderungen, welche unter normalen Verhältnissen zur Erfüllung oder Begründung des Verzugs einer Interpellation bedürfen.

Gibt der Schuldner zu erkennen, daß er die Leistung verweigere, so hat er alle Folgen einer solchen Weigerung zu tragen. Trotzdem könnte es fraglich sein, ob zur Entstehung des

---

[328]) Das „Recht" 05, S. 250, Nr. 1107.
[329]) l. 8 Dig. de cond. furt. 13, 1.
[330]) §§ 284 ff.
[331]) Vgl. OLG. Bd. 9, S. 282 und Seuff. Arch. Bd. 59, S. 453.
[332]) § 819.

Verzugs in einem derartigen Falle eine Mahnung seitens des Gläubigers erforderlich ist. Das Gesetz gibt zwar keine direkte Antwort, doch läßt sich aus der Analogie des § 295 der Schluß ziehen, daß eine Mahnung nicht notwendig ist. Ebenso wie der zu einer Realoblation verpflichtete Schuldner dem die Annahme verweigernden Gläubiger die Leistung nur wörtlich anzubieten braucht, um den Gläubigerverzug zu begründen, wird umgekehrt der Gläubiger den die Leistung verweigernden Schuldner nicht zu mahnen nötig haben. Mit der Einwendung, der Gläubiger habe ihn nicht gemahnt und genieße daher nicht die Früchte des Verzugs, handelt der Schuldner wider Treu und Glauben.[333])

Hat der Schuldner bereits vor Fälligkeit der Leistung erklärt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, so ist der Gläubiger von der Mahnpflicht entbunden, obgleich ihm zur Zeit der Weigerung das Mahnrecht noch gar nicht zusteht.[334]) Folgende Gründe sprechen für diese Annahme. Die Leistungsweigerung ist kein „Surrogat" der Mahnung.[335]) Sie enthält einerseits den schuldnerischen Verzicht auf das Recht, bis zur Erfüllung gemahnt zu werden, andererseits läßt sich die vorzeitige Leistungsweigerung als bis zur Fälligkeit fortwährend wiederholt ansehen, es sei denn, daß der Schuldner inzwischen anderen Sinnes geworden ist.[336])

Überflüssig werden kann die Mahnung ferner durch Parteivereinbarung; denn die gesetzlichen Mahnungsbestimmungen sind lediglich ius dispositivum. Häufig geschieht es, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt, er wolle ohne Mahnung erfüllen. Solche Willenserklärungen muß der Gläubiger mit Vorsicht annehmen. Vielfach sind sie seitens des Schuldners nicht ernsthaft gemeint, und eine besondere Mahnung erscheint geboten.[337]) Ist aber eine derartige Abrede ernstlich gewollt, so gerät der Schuldner bei rechtswidriger Nichtzahlung der Schuld

---

[333]) RG. in D. J. Ztg. 02, S. 68.
[334]) RG. in J. W. 1895, S. 46, Nr. 24.
[335]) Paech a. a. O. S. 81.
[336]) J. W. 02, S. 28, Nr. 23; R. G. bei Gruchot, Bd. 46, S. 979 ff.
[337]) Ebenso de Claparède a. a. O. S. 165; Bettmann a. a. O. S. 54.

ohne Mahnung in Verzug. Die Ansicht de Claparèdes,[338]) daß in einer solchen Abrede die Vereinbarung eines bestimmten Leistungstermins enthalten sei, und die Verzugsbegründung durch den Rechtssatz dies interpellat pro homine erfolge, kann ich nicht teilen. Dieser Fall kann wohl einzelne Male eintreten, deshalb darf man ihn aber noch nicht zur Norm erheben.

Erfährt der Schuldner, daß seine als Erfüllung bewirkte Leistung dazu ungeeignet ist, so bedarf es keiner Mahnung, da der bis dahin unverschuldete Verzug sich vom Augenblick der Kenntnis ab in einen schuldhaften verwandelt.[339])

Ist dem Gläubiger der Aufenthalt des Schuldners unbekannt, so genügt statt der Mahnung die nach den Vorschriften der öffentlichen Ladung[340]) erfolgte Zustellung.[341])

Begrifflich ist die Mahnung bei einem rechtswidrigen Unterlassen des Schuldners am Platze. Besteht das Schuldverhältnis in einer Handlung, die der Schuldner zu unterlassen hat, so kann die Verletzung der Pflicht nur in einem rechtswidrigen Tun bestehen. Eine Mahnung ist dort überflüssig, wo durch das schuldhafte Tun die Rechtsfolgen bereits unmittelbar eingetreten sind. Eine Mahnung vor der Vornahme der zu unterlassenden Handlung ist ebenso überflüssig, weil hier der Rechtszustand noch gar nicht verletzt ist.[342])

---

[338]) de Claparède a. a. O. S. 165.
[339]) Seuff. Arch. Bd. 60, S. 51, Nr. 28.
[340]) §§ 204 ff., ZPO.
[341]) § 132, Abs. 2; vgl. oben S. 34.
[342]) Ebenso Staudinger a. a. O. II, S. 138, Bem. 2h zu § 284; Wendt a. a. O. S. 68; a. M.: Paech a. a. O. S. 21.